

Foretaksstraff – kravet til subjektiv skyld

Gjeldende rett og *de lege lata*.

Kandidatnummer: 654

Leveringsfrist: 25.november.2014

Antall ord: 17 282



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Problemstilling	1
1.2	Metode.....	1
2	DEN RETTSHISTORISKE MOTSTANDEN BAK JURIDISKE PERSONER SOM RETTSSUBJEKT.	2
3	VILKÅR FOR ANSVAR ETTER STRL §48A.....	5
3.1	Innledning.....	5
3.2	Hva er et ”foretak”?.....	5
3.3	Hvem er ”noen” som handler ”på vegne av” foretaket?	5
3.3.1	Personell tilknytning	6
3.3.2	Funksjonell tilknytning	6
3.4	Når er straffebudet ”overtrådt”?	7
4	OVERSIKT OVER KRAV TIL SUBJEKTIV SKYLD I STRAFFERETTEN.....	7
4.1	Innledning.....	7
4.2	Forsett.....	8
4.3	Uaktsomhet.....	9
4.4	Bevisvurderingene i praksis	10
5	SUBJEKTIV SKYLD VED FORETAKSSTRAFF – GJELDENE RETT OG PRAKSIS	10
5.1	Innledning.....	10
5.2	Krav om subjektiv skyld for foretaket?.....	11
5.3	Krav til subjektiv skyld hvor ”noen” er en bestemt person?	13
5.3.1	Anvendelse av kravet til subjektiv skyld	15
5.3.2	Tilregnelighet	15
5.4	Krav til subjektiv skyld hvor ”noen” ikke er en bestemt person?	17
5.4.1	Subjektiv skyld ved anonym gjerningsperson	17
5.4.2	Subjektiv skyld ved kumulasjon	18
5.4.3	Anvendelse av kravet til subjektiv skyld i teori og praksis.....	19
6	KRITIKK AV GJELDENE RETT. OPPTAKT TIL DE <i>LEGE FERENDA</i> VURDERINGEN	23
6.1	Innledning.....	23

6.2	Forarbeider uklare	24
6.2.1	Forarbeider ved vurderingen av strl §48a	24
6.2.2	Forarbeider ved vurderingen av strl §48b	25
6.3	Høyesterett særlig vanskelig å følge	25
6.3.1	Praksis ved vurdering av §48a	26
6.3.2	Praksis ved vurdering av §48b	27
6.3.3	Oppsummering av gjennomgangen av praksis	30
6.4	Subjektiv skyld er ikke direkte observerbart	30
6.5	Paradoksale konsekvenser	31
6.6	Skyldkravet i den nye straffeloven av 2005	31
6.7	Uskyldspresumpsjonen	33
6.7.1	Innledning	33
6.7.2	Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6, nummer 2	34
6.7.3	Forholdet mellom EMK og straffelovenes bestemmelser om foretaksstaff	34
7	<i>DE LEGE FERENDA – HELLER ET KRAV TIL FORETAKETS EGEN SKYLD?</i>	37
7.1	Innledning	37
7.2	Andre rettsområder	37
7.2.1	Tilleggsskatt	37
7.2.2	Arbeidsmiljø og internkontroll i petroleumsretten	38
7.2.3	Arbeidsmiljøloven	39
7.2.4	Konkurranseretten	40
7.2.5	Oppsummering	40
7.3	Ulike måter for å vurdere skyld for foretaket	41
7.3.1	Organisasjonsansvar	41
7.3.2	Ledelsesskyld	43
7.3.3	Bruk av standarder for bedrifter	44
7.3.4	Oppsummering av mulighetene for å konstatere skyld for foretaket	44
7.4	Avsluttende betraktninger	44

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Det er tradisjonelt fire grunnvilkår som må være oppfylt for at en domstol skal kunne ilegge straff. For det første må gjerningsbeskrivelsen i et straffebud være overtrådt. For det andre må det ikke foreligge noen straffrihetsgrunn som for eksempel nødverge eller nødrett. For det tredje må handlingen være foretatt av en tilregnelig person. Og sist men ikke minst må det foreligge subjektiv skyld, som typisk innebærer at handlingen må være gjort med forsett eller uaktsomhet. Det er det siste vilkåret denne oppgaven knytter seg til, det subjektive skyldkravet ved foretaksstraff.

Det subjektive skyldkravet er i teori fremhevet som uløselig knyttet til en menneskelig fornuft, med tankemessige forestillinger om hva som er rett og galt. Det som gjør foretaksstraff så spesielt er at et foretak ikke kan ha slike tankemessige forestillinger. Spørsmålet blir da, **er** det et skyldkrav ved foretaksstraff? **Hvem** skal i så fall skylden konstateres hos? Og **hva** gjøre man hvis skylden ikke kan knyttes til en bestemt person? Etter å ha lagt til grunn hva som er gjeldende rett blir spørsmålet: er disse løsningene **hensiktsmessige**? Og finnes det **andre** muligheter å vurdere subjektiv skyld på?

Det juridiske utgangspunktet for å drøfte disse spørsmålene er straffeloven (*strl*) kapittel 3a. Bestemmelsene videreføres i ny straffelov av 2005 (*strl.2005*), kapittel 4.

1.2 Metode

Oppgaven er en gjennomgang og vurdering av gjeldenderett, som munner ut i *de lege ferenda* betraktninger.

Utvalget av rettskilder som gjelder skyldkravet ved foretaksstraff er relativt lite. Dette kommer av at foretaksstraffen er ung sett i juridisk sammenheng. I tillegg er mangelen på rettspraksis et resultat av at mange foretak velger å betale forelegget fremfor å gå til sak av hensyn til økonomi og renommé.¹

På grunn av få rettskilder, er oppgaven sentrert rundt noen forarbeider, samt litteratur som finnes om temaet. Jeg har også valgt å kommentere mer inngående tre sentrale dommer som går igjen både i teori og praksis.² På den måten får jeg belyst hva som er sentralt i vurderingen av hvorvidt foretaket skal straffes. Både forarbeidene og dommene bærer preg av utfordringene ved å harmonisere kravet til subjektiv skyld og det faktum at foretak anses å

¹ *Petroleumsloven* (2009) s.853

² Se oppgavens pkt.5.1 og 6.3

mangle subjektiv skylddevne. Som vi skal se, er kildene derfor både sprikende og til dels svært uklare når det gjelder vurdering av skyldspørsmålet. Dette fører igjen til at juridisk teori på området er noe delt, spesielt teorien som ble skrevet på et tidlig tidspunkt, etter at bestemmelsene om foretaksstraff ble vedtatt i 1991.

For å kunne gi en grundig behandling av problemstillingen, finner jeg det nødvendig å begynne oppgaven med å se på foretaksstraffen i ett litt bredere perspektiv. Jeg starter derfor med å gi et kort rettshistorisk overblikk over den sentrale debatten rundt foretak som rettssubjekt, pkt.2. Deretter behandles de øvrige vilkårene for foretaksstraff, pkt.3, dette er med på å gi et bedre kontekstuel bilde av det juridiske landskapet omkring skyldkravet. Først etter at jeg har trukket opp disse rammene, kommer jeg inn på hovedproblemstillingen om kravet til subjektiv skyld. Jeg vil da starte med å si litt om det alminnelige skyldkravet, pkt.4, som er utgangspunktet for den alminnelige strafferetten. Dette vil også gi grunnlag for å kunne vise at vurderingene av subjektiv skyld er likeartet, uavhengig av hvilken del av strafferetten man vurderer. Drøftelsen av hva som er gjeldende rett, og svaret på problemstillingens første tre spørsmål, er først og fremst belyst i oppgavens pkt. 5. Som vi skal se kan det rettes mange innvendinger mot gjeldende rett. Jeg har derfor gitt kritiske og de *lege ferenda* betraktninger en nokså stor plass i oppgavens pkt.6 og pkt.7. I pkt.6.2 til 6.5 kommer en gjennomgang av uklarheter og paradokser i forarbeider og rettspraksis. For å gi ett innblikk i hvilken retning kravet om subjektiv skyld ser ut til å ta vil jeg i pkt. 6.6 si litt om hvordan skyldkravet er endret i strl.2005. I pkt.6.7 vurderer jeg forholdet mellom foretaksstraffen og uskyldspresumpsjonen hjemlet i den europeiske menneskerettighetskonvensjonens artikkel 6 nummer 2 (*EMK art.6 nr.2*) for å se om foretaksstraffen er i tråd med Norges menneskerettslige forpliktelser. I pkt. 7.2 vises det til eksempler på hvordan kravet om subjektiv skyld er løst på andre rettsområder. Dette kan gi innspill til hvordan skyld vurderingen kan gjøres etter strl §48a. Avslutningsvis svarer jeg på oppgavens to siste problemstillinger: I pkt.7.3 kommer jeg med forslag til hvordan man kan etablere skyld for foretak og i pkt. 7.4 gir jeg mine avsluttende betraktninger om hva som er mest hensiktsmessig plassering av subjektiv skyld for foretak.

2 Den rettshistoriske motstanden bak juridiske personer som rettssubjekt.

Reglene om foretaksstraff er fra 1991. De innebærer et grunnleggende nytt rettsinnstutt i norsk rett, som griper inn i kjernen av skyldspørsmålet. Nettopp dette inngrepet i kravet til subjektiv skyld er mye av bakgrunnen for at det tok så lang tid før reglene om foretaksstraff ble en del av norsk rett. Dette ser vi blant annet gjennom to av de sentrale drivkreftene i den klassiske motstanden mot foretaksstraff i Europa på 1800- og 1900-tallet.³

³ Høivik (2011), s.42 flg.

Den ene drivkraften var fremveksten av rettsstatsideen og dens humanistiske verdigrunnlag. Verdigrunnlaget innebærer et individualistisk utgangspunkt der mennesket står i sentrum. Det individualistiske utgangspunktet gjorde en *kollektiv straff*⁴ vanskelig, spesielt fordi dette var i strid med rettferdighetsidealer om at individuell skyld var basis for straff.⁵

Den andre drivkraften er den teoretiske debatten om juridiske personer som rettssubjekt.⁶ Bakgrunnen for debatten var juridiske personers abstrakte karakter, med manglende evne til å handle og ha vilje. Hurwitz gjorde i sin doktorgradsavhandling, *Bidrag til læren om kollektive enheders pønale ansvar*, en gjennomgang av to sentrale teorier fra den teoretiske debatten rundt juridiske personer som rettssubjekt. Teoriene kalles fiksjonsteori og viljesteori, og noen av tankene fra denne tiden sitter fortsatt igjen i nåtidens regulering av foretaksstraff.⁷

Den tyske professoren Carl von Savigny var den sentrale skikkelsen bak fiksjonsteorien.⁸ Savigny mente at det var begrepsmessig utelukket at juridiske personer kunne begå straffbare handlinger. Det å innlemme foretak i rettssystemet var etter hans mening en fiksjon og den innebar at

”...der af Staten tillægges denne (virkeligt eksisterende) Sammenslutning, retlige Egenskaber, som om den var en fysisk Person, hvad den givet ikke er og aldrig kan blive.”⁹

Tilhengerne av fiksjonsteorien var altså klare på at den juridiske personen ikke kan ha menneskelige egenskaper som bevissthet eller vilje. Likevel erkjennes det at staten har gitt den juridiske personen slike menneskelige egenskaper i visse tilfeller, først og fremst formuerettslige. Man må etter deres mening skille disse egenskapene fra en strafferettslig vurdering. Den moralske bakgrunnen for motstanden var at foretaksstraff vil medføre at foretak straffes for

⁴ Kollektiv straff innebærer at noen straffes for en annens forbrytelse. Metoden stammer fra ættesamfunnet der hele ætten ble ansett ansvarlig for et medlems handlinger. Ved blodhevn kunne den ætten som ble krenket ved for eksempel å miste et medlem, slå tilbake mot ætten til angriperen. jf. Annens (2011) s.15. Et annet eksempel er fra unntakstilstanden i Trøndelag under andre verdenskrig, da ti uskyldige høytstående menn ble drept for å spre skrekk og drive folk til å avstå fra å gjøre motstand (sonoffer). Jf. forsvarsforeningen.no. Etter de to verdenskrigene ble kollektiv straff forbudt i Genèvekonvensjonen om beskyttelse av sivile i krigstid av 12.august.1949 art.33” jf. *Jusleksikon* (2007) s.168.

⁵ Høivik (2011), s.44

⁶ *Ibid.*

⁷ Se blant annet oppgavens pkt. 5.2 og 7.4

⁸ Hurwitz (1933) s.17-18

⁹ *Ibid.* s.20

andre enn foretakets egen skyld, noe som ville være i strid med skyldprinsippet.¹⁰ Han var således motstander av foretaksstraff av systemorienterte og moralske årsaker.

En annen tysk jurist, Otto Von Gierke, var talsmann for viljesteorien som stod som en motpol til Savignys fiksjonsteori.¹¹ Gierke mente selskaper eksisterer på samme måte som et menneske, med både selvstendig handleevne, vilje og skyldene. Han mente at personene som handler på vegne av foretaket er som foretakets organer, der organer er ment som en analogi til menneskets organer.¹² Han mente at foretak har en fellesvilje i form av at beslutninger blir tatt ut i fra enighet. I den sammenheng pekte han på at selv om det ikke alltid ville foreligge enstemmighet, har de ansatte gått med på at man skal følge flertallets avgjørelser.¹³ Etter disse betraktningene kom han til at juridiske personer kan være selvstendige realiteter. For å styrke dette standpunktet viste han til staten som den mest omfattende og betydningsfulle juridiske person, og fremhevet at det strider mot den personlige rettsfølelse å se denne som en fiksjon.¹⁴

Det var Savignys rettsoppfatning som dominerte på 1800-tallet i kontinentaleuropa og Norden,¹⁵ noe som antageligvis var mye av årsaken til at vi i Norge ikke fikk noen regler for straff av foretak ved kriminalloven av 1842. En annen faktor var at det ikke ble ansett å være noe behov for slik regulering.¹⁶

Heller ikke i forbindelse med den nye straffeloven av 1902 ble det vedtatt bestemmelser om foretaksstraff. Ettersom behovet for å straffe foretaket ble stadig større,¹⁷ kom det på midten av 1900-tallet inn enkelte regler med foretak som straffesubjekt.¹⁸ Administrasjonsrådets anordning om prisregulering av 12. september 1940 §14 tredje ledd anses som den første bestemmelsen som åpnet for straff av foretaket.¹⁹ Etterhvert var det i overkant av 60 lignende bestemmelser spredd rundt i spesiallovgivningen. Først i 1990 fant man det nødvendig å samle alle spesialreglene til et eget kapittel i straffeloven om foretaksstraff.²⁰

¹⁰ Høivik (2011), s.45

¹¹ Hurwitz (1933) s.25-26

¹² Hurwitz (1933) s. 26-28, Høivik (2011) s.45-46

¹³ Hurwitz (1933) s.29-34

¹⁴ *Ibid.* s. 32

¹⁵ Høivik (2011), s.47

¹⁶ *Ibid.* s. 43

¹⁷ *Ibid.* s. 53

¹⁸ *Ibid.* s. 57 flg.

¹⁹ *Ibid.* s.57

²⁰ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.3

Selv om muligheten for å straffe foretak var etablert, ser man i forarbeidene til 1902-loven at fiksjonsteorien fortsatt dominerte, gjennom den klare oppfatning av at foretak ikke kan utvise subjektiv skyld.²¹ Vi skal snart se hvordan norske jurister kom til å løse denne uoverensstemmelsen mellom straffelovens krav om skyld og foretakets manglende skylddevne.

3 Vilkår for ansvar etter strl §48a

3.1 Innledning

Strl §48a lyder som følger:

”Når et straffebud er overtrådt av noen som har handlet på vegne av et foretak, kan foretaket straffes. Dette gjelder selv om ingen enkeltperson kan straffes for overtredelsen. Med foretak menes her selskap, samvirkeforetak, forening eller annen sammenslutning, enkeltpersonforetak, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet. Straffen er bøter. Foretaket kan også fradømmes retten til å utøve virksomheten eller forbys å utøve den i visse former, jf. § 29.”

For å straffes etter bestemmelsen må det være et ”foretak” i lovens forstand. Et straffebud må være ”overtrådt” av ”noen”, og ”noen” må handler ”på vegne av” foretaket. I det følgende kommer en kort gjennomgang av hva disse vilkårene innebærer.

3.2 Hva er et ”foretak”?

I §48a annet ledd finner vi legaldefinisjonen av hva som regnes som foretak etter denne bestemmelsen. Det er listet opp både ”selskap, samvirkeforetak, foreninger eller annen sammenslutning, enkeltpersonforetak, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet”. Foretaksstraff kan altså forekomme ovenfor alt fra idrettsstiftelser og enkeltpersonforetak, til store selskap som har flere avdelinger under seg. Offentlige foretak er likestilt med private.

3.3 Hvem er ”noen” som handler ”på vegne av” foretaket?

”Noen” er et vidt begrep, men en alminnelig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det må være en eller flere person(er). Denne/disse personen(e) må ha ”...handlet på vegne av...” foretaket jf. §48a. ”På vegne av” sikter til at det må være en tilknytning mellom ”noen” som handler, og foretaket. Denne tilknytningen omtales ofte som personell og funksjonell tilknytning.²²

²¹ NOU 1989:11 s.9, Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.14

²² Høivik (2011), kap 10 og 11.

3.3.1 Personell tilknytning

Den personelle tilknytningen går ut på hvilken rolle ”noen” må ha. Det kommer frem av forarbeidene at ”noen” kan være alt fra ledere, styret eller generalforsamlingen,²³ til de som arbeider på grunnivå i foretaket. ”Noen” kan være en bestemt person, i så fall kaller man dette representasjonsansvar.²⁴ og det omfatter tilfeller der ”noen” ikke er en bestemt person. At også de sistnevnte tilfellene omfattes understrekes både i forarbeider²⁵ og gjennom tolkning av strl §48a første ledd siste setning: ”Dette gjelder selv om ingen enkeltperson kan straffes for overtredelsen”.²⁶

Ansvar for ikke identifiserbar(e) person(er)s feil kalles gjerne anonyme- eller kumulative feil. Anonyme feil innebærer at ”noen” er ukjent. Kumulasjon innebærer at foretaket identifiseres med summen av flere fysiske personer som samlet oppfyller vilkårene for straff, men der hver og en av dem ikke oppfyller kravene til å bli straffet alene.²⁷

Tilstrekkelig personell tilknytning kan også foreligge der ”noen” er en selvstendig næringsdrivende som utfører et arbeid på vegne av foretaket. Her går foretaksstraffen lenger enn arbeidsgiveransvaret i skadeerstatningsloven § 2-1, hvor oppdragsgiver ikke har ansvar for selvstendige oppdragstakere.²⁸ Ansvar i foretaksstraffen omfatter riktignok ikke alle oppdragstakere. Dette vil bero på de konkrete forhold i saken, og forutsetter at foretaket som oppdragsgiver ”...har hatt en reell myndighet til instruksjon og kontroll...”²⁹ og om ”...selskapet kan ha hatt noen økonomisk interesse i overtredelsen”.³⁰

3.3.2 Funksjonell tilknytning

Det funksjonelle tilknytningskriteriet går ut på hvilke typer handlinger, utført av ”noen”, som kan medføre ansvar for foretaket. Kriteriet avgrenser mot de handlinger som gjerningspersonen har gjort av rent private årsaker. Dette er handlinger som er upåregnelige for foretaket og ikke er gjort i dets interesse.³¹ Den ansatte stjeler for eksempel gift fra arbeidsplassen og bruker giften til å ta livet av naboens hund, som har holdt han våken med bjeffing gjennom natten. Den ansatte har her gått utenfor det som er rimelig å regne med.³²

²³ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.18

²⁴ Høivik (2011), s.22

²⁵ NOU 1989:11 s.9, Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.3

²⁶ Jf.Rt.2002 s.1312 (s.1318).

²⁷ Høivik (2011), s.24

²⁸ *Ibid.* s.249-250

²⁹ Jf. Rt. 1982 s. 645 (s.646), Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.18, Høivik (2011) s.253

³⁰ Jf. Rt. 1982 s. 645 (s.646), Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.18

³¹ Høivik (2011), s.275

³² Høivik (2011), s.25-26, Jf Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.11

Et annet poeng ved den funksjonelle tilknytningen er at ”instruksbrudd bare fritar for ansvar hvis foretaket ikke kunne ha forutsett at instruksen ville bli brutt”³³. Det holder derfor ikke å ha regler for å hindre å komme i ansvar, foretaket må også sikre at regler og instruksjoner blir overholdt.³⁴

3.4 Når er straffebudet ”overtrådt”?

Straffeloven §48a anvendes alltid sammen med et annet straffebud, ingen kan straffes etter §48a og §48b alene. Foretaksstraffebestemmelsen er generell og kan i utgangspunktet brukes ved brudd på alle straffesanksjonerte lovovertrедelse.³⁵ Det er flere som har forsøkt å argumentere for at ulike rettsområder faller utenfor foretaksstraffens anvendelsesområde, men dette har ikke ført frem. Se for eksempel Rt.2000 s.2023 (s.2027) der advokaten forgjeves hevdet at foretaksstraff var mer egnet i næringsforhold, og at brudd på kulturminneloven var i utkanten av anvendelsesområdet for foretaksstraff. Selskapet ble i denne saken dømt.

Vilkåret ”overtrådt” innebærer for det første en objektiv vurdering av om ”noen” har overtrådt gjerningsbeskrivelsen i det straffebud som er aktuelt i den konkrete saken. Vilkåret er identisk med det første vilkåret i den alminnelige strafferetten. Vurderingen blir derfor lik som der straffesubjektet er en fysisk person.

”Overtrådt” tilsier for det andre at man også må gjøre en vurdering av om ”noen” har overtrådt det subjektive vilkåret i det aktuelle straffebudet. Dette skal vi se nærmere på når jeg nå går over til å vurdere det subjektive skyldspørsmålet.

4 Oversikt over krav til subjektiv skyld i strafferetten

4.1 Innledning

Kravet om subjektiv skyld er hjemlet i strl §40:

”Paa den, der ei har handlet med Forsæt, kommer ikke denne Lovs Straffebestemmelser til Anvendelse, medmindre det udtrykkelig er bestemt eller utvetydig forudsat, at ogsaa den uaktsomme Handling er strafbar”.³⁶

Kravet om subjektiv skyld er et fundamentalt vilkår som må være oppfylt for at bestemmelsene i straffeloven i det hele tatt skal komme til anvendelse. De to hovedformene for subjektiv

³³ NOU 1989:11 s.17, Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.18, se oppgavens pkt. 6.3.1.1

³⁴ Oppgavens pkt. 6.3.1.1

³⁵ Høivik (2011), s.175

³⁶ Strl §40 første ledd siste punktum

skyld er forsett, pkt.4.2, og uaktsomhet, pkt.4.3. Hovedregelen er forsett dersom ikke det kommer klart frem av bestemmelsen at det holder med uaktsomhet. Av og til kreves det også at særlige skyldkrav er oppfylt, slik som hensikt eller overlegg. Den subjektive skylden må foreligge på gjerningstidspunktet og må dekke de objektive forholdene i gjerningsbeskrivelsen jf. ”dekningsprinsippet”.

Subjektiv skyld og en alminnelige språklige forståelse av ordet skyld (moralsk skyld), ligner veldig på hverandre da det sentrale er om noen er å bebreide. Men utgangspunktet i den subjektive skyldvurderingen er, i større grad enn den moralske, hva som foregikk i gjerningsmannens bevissthet. Var vedkommende i noen grad klar over hva han/hun gjorde og konsekvensen av det?

4.2 Forsett

Forsett er først og fremst når den handlende handlet med viten og eller vilje om at overtredelsen skulle inntre. Man opererer gjerne med tre former for forsett.

Den første forsettsformen er *Dolus eventualis*, også kalt positiv innvilgelsesteori. Dette er den ”mildeste” formen for forsett. Ett *dolus eventualis*-forsett foreligger der en person utfører en handling han/hun ikke nødvendigvis tror vil medføre visse konsekvenser, men hvor vedkommende tenker: - at dersom konsekvensen skulle inntreffe ville jeg likevel valgt å utføre handlingen. Personen aksepterte den mulige konsekvensen på tidspunktet han/hun handlet, og det er denne aksepten som anses som straffverdig.

Den andre forsettsformen er sannsynlighetsforsett. Foreligger selv om ikke konsekvensen er ønsket. Det er hovedsakelig nok med alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det vil si at sannsynlighetsforsett foreligger når gjerningspersonen ikke ønsker at konsekvensen skal inntre, men anser det som mer enn 50 % sannsynlig at handlingen vil føre til en lovovertreddende konsekvens.³⁷ Som eksempel er det ”sannsynlig” at noen vil få betydelig skade jf. strl §229, dersom man slår en person med jernrør til hodet. Dersom man ikke ønsker å skade eller bli straffet, burde man derfor la være å slå noen med jernrør.

Den tredje formen er visshetsforsett ligger i kjernen av forsettsbegrepet. Her har den som handlet vært helt klar over det han/hun gjør og konsekvensen av dette. Gjerningspersonen straffes for å ha gjort noe kriminelt vell vitende om at det er det. Dette er den mest klanderverdige alminnelige forsettsformen.³⁸

³⁷ Andenæs (2004) s.233

³⁸ *Ibid.* s.232

I tillegg har vi de kvalifiserte formene; hensikt og overlegg. Som ved uaktsomhet kommer disse bare til anvendelse når de er direkte nevnt i loven. Som oftest fungerer hensikt og overlegg som momenter som hever strafferammen, som for eksempel i strl §§ 231 og 233. Men det finnes også eksempler der hensikt er direkte vilkår for straffbarhet, som i strl §§ 255 og 257.³⁹

4.3 Uaktsomhet

Uaktsomhet er når man klandrer noen for å ha tatt en sjanse, eller for ikke å ha innsett faren. Man opererer gjerne med tre former for uaktsomhet.

Den første formen er *Culpa levissima* som er den ”mildeste” formen for uaktsomhet. *Culpa levissima* går ut på at gjerningspersonen kunne ha *innsett* faren for en lovovertreddende konsekvens. Eller sagt på en annen måte: ”Ville han ha innsett faren hvis han hadde brukt sine evner og kunnskap slik som loven forlanger?”⁴⁰

Den andre formen er ubevisst uaktsomhet. Ubevisst uaktsomhet er når en person klandres for å ha vært uoppmerksom og for å ikke ha innsett faren.

Bevisst uaktsomhet rammer de tilfellene der en person ikke ønsker å skade, men utfører handlingen til tross for at han/hun vet at han/hun risikerer visse konsekvenser. Han/hun er ikke hensynsfull nok og klandres for dette, som for eksempel når man kjører fort for å rekke noe.

Uaktsomhetsvurderingen har en objektiv kjerne som innebærer en vurdering av om den handlende har opptrådt som ”...en kyndig og omtenkstom person ville ha gjort.”⁴¹ Men vurderingen har også flere subjektive elementer i form av den overnevnte bevissthetsvurderingen og i vurderingen av om ”...den handlende med rimelighet kan gjøres ansvarlig for...”⁴² de forhold som betinger overtredelsen. I følge Andenæs kommer disse momentene først og fremst inn dersom man ikke har handlet i tråd med den objektive normen.⁴³ Det vil si at en rimelighetsvurdering kommer inn som en betingelse for å kunne straffe. I denne rimelighetsvurderingen er det flere momenter som spiller inn. Det er subjektive momenter, som for eksempel den handlendes faktiske kunnskap, erfaring, aldersutvikling, og hva vedkommende tenkte i gjer-

³⁹ Andenæs (2004) s.213

⁴⁰ *Ibid.* s.227

⁴¹ *Ibid.* s.243

⁴² *Ibid.* s.247

⁴³ *Ibid.* s.247

ningsøyeblikket. Videre er det momenter rundt den faktiske situasjonen, som for eksempel om han/hun hadde god tid til å tenke seg om før han/hun handlet.

4.4 Bevisvurderingene i praksis

Et viktig poeng å ha med seg i vurderingen av subjektiv skyld ved foretaksstraff, er nettopp denne komplekse skyld – og bevissthetsvurderingen som gjøres i straffesaker. Så lenge vi ikke har direkte tilgang til andre menneskers tanker, vil man i alle slags saker måtte gjøre en form for ”fingering” av skyld, kanskje i større grad enn man umiddelbart vil tro. Denne sammenligningen vil jeg komme tilbake til under pkt.6.4

Forsettsvurderingen innebærer vanskelige bevissspørsmål siden det ikke er noe man kan iaktta. Vurderingen går derfor som regel ut på å se på de ytre omstendighetene og utfra det slutte seg til hva gjerningspersonen har tenkt i det han/hun handlet.⁴⁴ Selvfølgelig vil man også kunne spørre gjerningspersonen selv, men ikke engang i saker der vedkommende er helt oppriktig, er det sikkert han/hun kan sette ord på hva han/hun tenkte i gjerningsøyeblikket.⁴⁵ Dessuten har en siktet eller mistenkt ingen plikt til å forklare seg jf. straffeprosessloven, (*strpl*), §§90 og 232. Dersom siktede velger å forklare seg, kan personen av ulike grunner se seg tjent med å lyve, noe som ikke vil være straffbart jf. strl §167.

Også uaktsomhetsvurderingen er, som vi har sett i avsnittet over, prinsipielt knyttet til en persons bevissthetsinnhold. Men i praksis må man slutte seg til graden av aktsomhet fra alle de ytre omstendighetene som kunne ha påvirket gjerningspersonens dømmekraft. Videre veies dette opp mot den objektive kjernen og hva en ”kyndig og omtenksose person” ville gjort i samme situasjon.⁴⁶

Disse vurderingen ligger, som vi skal se, tett opptil vurderingen av subjektiv skyld, både der ”noen” er en bestemt person, og der ”noen” er en ubestemt person.

5 Subjektiv skyld ved foretaksstraff – gjeldende rett og praksis

5.1 Innledning

Spørsmålet er så, hvordan skal kravet om subjektiv skyld anvendes i en strafferettslig vurdering hvor den tiltalte, i kraft av å være et foretak, ikke kan ha bevissthetsinnhold i det hele tatt? Hvem skal i så fall oppfylle dette kravet? Foretaket som er det faktiske straffesubjektet, eller ”noen” som handler på vegne av foretaket?

⁴⁴ *Ibid.* s.240

⁴⁵ *Ibid.* s.240

⁴⁶ *Ibid.* s.247

Det eneste som kan ledes ut av ordlyden i strl §48a er som nevnt i pkt.3.4, at ordet ”overtrådt” tilsier at ”noen” også må ha overtrådt de subjektive momentene i straffebestemmelsen som §48a virker sammen med. Samtidig er det foretaket som er straffesubjektet, og regelen om subjektiv skyld er ellers i straffeloven myntet på straffesubjektet. Som §40 sier ”Paa den, der ei har handlet med Forsæt (eller uaktsomhet), kommer ikke denne Lovs Straffebestemmelser til Anvendelse...” (min tilføyelse). Man kunne derfor hevde at foretaket må ha utvist subjektiv skyld for at straffebestemmelsen skal komme til anvendelse, om en slik tanke lar seg forene rettslig.

Først skal jeg se om det gjelder et krav om subjektiv skyld for foretaket som straffesubjekt i pkt.5.2. Deretter skal jeg se på om det er et krav om subjektiv skyld for den som handler på vegne av foretaket. I den sammenheng skiller jeg mellom de tilfellene der ”noen” er en bestemt person, pkt. 5.3, og de tilfeller der ”noen” ikke er en bestemt person, pkt.5.4, det vil si ved anonyme og kumulative feil.

5.2 Krav om subjektiv skyld for foretaket?

Når ikke loven gir noen veiledning om kravet til skyld må man søke svar i andre rettskilder. I forarbeidene står det:

”Et foretak kan ikke utvise skyld, det kan bare fysiske personer. Men loven kan gjøre unntak fra skyldprinsippet, slik at et foretak kan gjøres strafferettslig ansvarlig på objektivt grunnlag for handlinger som noen har begått på dets vegne”.⁴⁷

Dette er det eneste forarbeidene sier direkte om kravet til skyld for straffesubjektet.

Ordet objektivt kan tolkes på to måter. For det første kan det bety at det ikke er et krav om subjektiv skyld i det hele tatt. For det andre kan det bety at det ikke er noe krav om skyld for selve straffesubjektet, altså foretaket. Det kan da likevel være ett krav om subjektiv skyld for den som handler.

Sitatet trekker etter min mening, mot den siste løsningen. Uttalelsen peker direkte mot foretakets sitt objektive ansvar for den som handler på dets vegne. Konteksten taler også for dette da årsaken til at ansvaret gjøres objektivt, at et foretak ikke kan utvise skyld. Det problematiseres ikke at det gjøres et slikt unntak, det bare konstateres.

⁴⁷ NOU 1989:11 s.9, Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.6

Det forekommer noe uenigheter i juridisk teori rundt kravet om skyld for foretaket. Her er Eskeland og hans teori om ledelsesskyld sentral.⁴⁸ Dette er det eneste eksempelet i juridisk teori der noen hevder at gjeldende rett innebærer et slags krav om skyld for foretaket. Grunnen til at jeg knytter ledelsesskyld opp mot foretaksskyld er fordi ledelsen kan knyttes tettere opp til foretaket og dets beslutninger. Noe jeg vil komme tilbake til under pkt. 7.3.2.

Eskeland taler i sin strafferettsbok for at det er et krav at ledelsen "...alltid må kunne bebreides...".⁴⁹ Som grunnlag for påstanden om et slikt krav viser han blant annet til uklarheter i forarbeidene med tanke på om ansvaret er objektiv eller ikke, og momenter fra praksis som gir inntrykk av at ledelsen må kunne bebreides for at foretaket straffes.⁵⁰ Han legger til grunn at det er et skyldkrav, og legger vekt på at man burde velge "...det tolkningsresultat som alt i alt best ivaretar både hensyn til prevensjon og hensynet til straffverdighet".⁵¹ Det kan således se ut som han mener det er nødvendig med et krav om skyld for ledelsen for å ikke komme i strid med skyldkravet som gjelder ellers i strafferetten.

Matningsdal og Bratholm mener at argumentasjonen til Eskeland er feil.⁵² De påpeker at det ikke kan oppstilles et vilkår om skyld for ledelsen når foretaksstraff også skal gjelde for anonyme feil. De viser også til andre momenter som for eksempel at ledelsesskyld kommer inn som en del av straffespørsmålet i strl §48b, og ikke som et vilkår for å straffe i strl §48a. Høyesterett har i Rt.2007 s.1684 (Teknotherm) tatt standpunkt til dette.

Faktum i Teknotherm-dommen var at en ansatt hadde tømt ut 125 liter ammoniakkholdig væske, som via en slukrist ble ledet til en elv der væsken forårsaket betydelig fiskedød. Forsvareren anførte at det var et vilkår for illeggelse av foretaksstraff at det forelå uaktsomhet fra ledelsens side. Til dette støttet forsvareren seg på Eskelands teori. Et slikt krav ble avvist av Høyesterett på avsnitt 37 i dommen hvor de uttalte at det "...ikke er noe krav om at ledelsen har utvist subjektiv skyld...". Høyesterett begrunnet uttalelsen med at det blant annet står klart i forarbeidene og henviser til Ot.prp. s.13-17.

Tolkningen er fulgt opp senere i blant annet Rt.2008 s.996 (*KPMG*) avsnitt 38, og Rt.2012 s.770 (*Norcem*) avsnitt 21.

⁴⁸ Eskeland (2006) s.355 flg.

⁴⁹ *Ibid.* s.307.

⁵⁰ *Ibid.* s.355 flg.

⁵¹ *Ibid.* s.356

⁵² Matningsdal (2003) s.400

Dette gir uttrykk for en allment akseptert regel om at foretak ikke kan utvise skyld og at det ikke er et vilkår for straff at ledelsen har utvist subjektiv skyld på vegne av foretaket. Gjeldende rett er etter dette at det ikke er nødvendig at foretaket har utvist skyld for å ilegge foretaksstraff.

5.3 Krav til subjektiv skyld hvor ”noen” er en bestemt person?

Vi har nå sett at det ikke er noe vilkår om subjektiv skyld for ledelsen av foretaket. Spørsmålet er så om det er et vilkår at ”noen” som handler på vegne av foretaket, gjerningspersonen, har overtrådt de subjektive vilkårene i gjerningsbeskrivelsen. Først og fremst kravet til subjektiv skyld, men jeg kommer også inn på om det er et vilkår om tilregnelighet. Det tilfellet som ligner mest på resten av strafferetten er de tilfeller der ”noen” er en bestemt person. Jeg begynner derfor med dette tilfellet.

Utgangspunktet for denne vurderingen er ordet ”overtrådt” i strl §48a. Om ”overtrådt” innebærer både de subjektive og objektive vilkårene, sier bestemmelsen ingenting om.

Andenæs hevdet i sin strafferettsbok fra 1997 at det som utgangspunkt var nok at det forelå en objektiv lovovertrедelse av den som handlet, bare med unntak for feil som skyldes hendelige uhell eller force majeure-tilfeller.⁵³ Det samme standpunkt tar Finn Haugen i sin bok.⁵⁴ Det finnes ikke støtte for dette i forarbeidene, og som vi skal se i Rt.2002 s.1312, er det klart tatt avstand fra dette standpunktet.

Flertallet i straffelovkommissjonen, med støtte fra departementet⁵⁵, gir i forarbeidene først inntrykk av at det er Andenæs og Haugen som har rett:

”De to første vilkårene for straff - de objektive - må være oppfylt. Men det tredje og fjerde - de subjektive - gjøres det unntak fra etter flertallets utkast”.⁵⁶

Det står altså uttrykkelig at det gjøres unntak for vilkårene om subjektiv skyld og tilregnelighet. Men det er likevel ikke helt klart hva flertallet her mener, for setningen etter gir et helt annet inntrykk:

”Det skal fortsatt gjelde et skyldkrav for den som har handlet, men da slik at også anonym og kumulativ skyld rammes”.⁵⁷

⁵³ Andenæs (1997) s256-257

⁵⁴ Haugen (1996). s.68

⁵⁵ Ot.prp.nr.27(1990-1991) s.17

⁵⁶ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.14

Dette tyder på at det skal gjelde et skyldkrav for den som handler, og at et eventuelt unntak for de subjektive vilkårene derfor bare kan gjelde for tilfeller med anonyme og kumulative feil. Jeg vil komme nærmere inn på eksistensen av et slikt unntak under pkt.5.4 om subjektiv skyld hvor ”noen” ikke er en bestemt person.

Høivik påpeker i sin bok om foretaksstraff at forarbeidene er egnet til å skape tvil om hva lovgiver egentlig har ment skal være tilfellet.⁵⁸ I den sammenheng henviser han blant annet til innledningen i NOU:1989 (s.9) som er sitert under pkt. 5.2. Her står det at et foretak kan gjøres strafferettslig ansvarlig ”...på objektivt grunnlag for handlinger som er begått på dets vegne...”.

Som vi har sett i pkt 5.2 kan ordet objektivt tolkes på to måter. Jeg kom der frem til at løsningen som må legges til grunn er at ”objektivt” er ment som objektivt overfor foretaket. Sitatet taler dermed hverken for eller imot at det er et vilkår om skyld for den som handler.

Jeg kan heller ikke se at Høiviks andre poeng om at forarbeidene er tvetydige har noe særlig hold dersom man utelukkende ser på om det er et krav om subjektiv skyld for en identifiserbar gjerningsperson. I hvert fall ikke når man ser dette opp mot sitatet i forarbeidene om at det fortsatt skal gjelde et skyldkrav for den som handlet.

Uansett uklarhet ble usikkerheten om skyldkravet avklart i Rt.2002 s.1312. På side 1318 ga Høyesterett en generell uttalelse om at det også gjelder ett skyldkrav i anvendelse av straffeloven §48a. Førstevoterende uttaler etter en gjennomgang av forarbeidene:

”For at foretaksstraff skal kunne anvendes, må det etter dette enten foreligge skyld - forsett eller uaktsomhet - hos en enkeltperson som handler på vegne av foretaket, eller anonyme og/eller kumulative feil.”⁵⁹

Dette standpunktet er senere blitt fulgt opp. Selv forarbeidene til den nye straffeloven av 2005 henviser til Rt.2002.s.1312 som bakgrunn for rettstilstanden vi har i dag.⁶⁰

Konklusjonen er altså at gjeldende rett i utgangspunktet stiller et vanlig krav om subjektiv skyld for gjerningspersonen, ”noen”, som handler på vegne av foretaket.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Høivik (2011) s.183 på slutten.

⁵⁹ Rt.2002 s.1312 (s.1318)

⁶⁰ Ot.prp.nr.90 (2003-2004), s.431

5.3.1 Anvendelse av kravet til subjektiv skyld

I det følgende skal jeg si noe kort om anvendelsen av kravet til subjektiv skyld der ”noen” er en bestemt person.

5.3.1.1 *Forsett og uaktsomhet*

Vurderingen av subjektiv skyld for den som handlet på vegne av foretaket blir lik vurderingen av subjektiv skyld der den handlende er straffesubjektet. Man ser bort fra foretaket under denne vurderingen, og vurderer om ”noen” opptrådte med forsett, var uaktsom, hadde hensikt, eller utførte handlingen med overlegg. Man må se på de utenforliggende faktorene og anta hva den som handlet tenkte på gjerningstidspunktet. Var meningen å forurene? Var det sannsynlig at gjerningsperson skjønte at avtalen innebar korrupsjon? Skyldspørsmålet blir dermed identisk med vurderingene av subjektiv skyld ellers i strafferetten, slik den er beskrevet i pkt.4.

5.3.1.2 *Hva gjøres i praksis*

I praksis ser man at det oftest konstateres at det foreligger skyld, for eksempel fordi vedkommende allerede er dømt skyldig ved rettskraftig dom, som for eksempel i KPMG-dommens avsnitt 11: ”I og med at det nå foreligger rettskraftig straffedom mot C, er det på det rene at vilkåret for å ilegge KPMG foretaksstraff er til stede”. I prinsippet gjelder en rettskraftig dom kun mellom partene, det vil si mellom den som handler, ”noen”, og staten. En kunne derfor tenke seg at det ble ført bevis for at den som handler, ”noen”, likevel ikke har utvist skyld i saken mellom foretaket og staten. Ut fra praksis ser det imidlertid ut som om partene godtar den tidligere vurderingen.

Slik jeg ser det er det sjelden kravet om skyld til ”noen” som handlet på vegne av foretaket blir problematisert, der ”noen” er en bestemt person.

5.3.2 Tilregnelighet

Et annet subjektivt vilkår er tilregnelighet. Man er utilregnelig om man er under 15 år jf. strl §46, eller psykotisk, psykisk utviklingshemmet eller bevisstløs jf. strl §44. Bakgrunnen for tilregnelighetskravet er at den ”...strafferettslige ansvarlighet forutsetter en viss grad av sjelelig sunnhet og modenhet hos gjerningsmannen.”⁶¹. Altså de utilregnelige har ikke strafferettslig skyldene, straffen avgrenser derfor mot disse tilfellene. Vurderingen av hvorvidt noen er utilregnelig er en medisinsk vurdering av hvordan situasjonen var på gjerningsøyeblikket.

⁶¹ Andenæs (2004) s.287

Spørsmålet er så om det må oppstilles et krav om tilregnelighet for ”noen”, for at et foretak skal straffes.

Forarbeidene tilsier at vurderingen av om det skal ilegges straff der ”noen” er utilregnelig, er overlatt til påtalemyndighetene og rettens skjønn.⁶² Tilregnelighet er altså ikke et vilkår for straff, slik som ellers i strafferetten. Straffelovkommisjonen begrunner unntaket med at:

”Dette er en naturlig konsekvens av at utkastet omfatter kumulative og anonyme feil. Men hvis det er klart at handlingen er begått av en utilregnelig person, og foretaket ikke er noe å bebreide, vil det normalt ikke være rimelig å straffe foretaket”.⁶³

Resultatet av dette unntaket blir veldig paradoksalt. Man opprettholder i §48a et krav om subjektiv skyld for personene som handler på vegne av foretaket, men det er altså ikke et krav om at de man vurderer skyld hos har subjektiv skylddevne. Man går etter dette ganske langt i å ”fingere” skyld som skal medføre ansvar for foretaket.

Begrunnelsen for dette unntaket er som vi ser av sitatet over at kumulasjon og anonyme feil også omfattes. Det gis ingen utfyllende begrunnelse for hvorfor man ikke kan opprettholde et vilkår om tilregnelighet i tilfeller der man vet hvem gjerningspersonen er. Som vi skal se under pkt.5.4, gjøres det derimot forskjell på vurderingen av skyld i kumulasjonstilfellene og tilfellene der ”noen” er anonym. Men gjeldende rett er altså slik at når man ikke kan finne ut av tilregneligheten til en anonym gjerningsperson, eller ved kumulative feil, kan man heller ikke ha et vilkår om tilregnelighet der ”noen” er en bestemt person.

Prevensjonshensyn kan kanskje tilsi at man legger ansvar også ved manglende tilregnelighet. Det gir et insentiv til å være sikker på at man ikke ansetter barn under 15 år eller personer som er åpenbart utilregnelige. Likevel er det ingen garanti for at ansatte ikke blir utilregnelige i et gjerningsøyeblikk, selv om de tilsynelatende er normale. I disse tilfellene er det vanskelig å se det straffverdige fra foretakets side. Prevensjonseffekten av å strafflegge foretak i slike tilfeller vil dessuten være forsvinnende liten.

Eskeland ser ut til å ha en annen tilnærming til tilregnelighetsvurderingen. Han holder seg til hovedregelen om krav om tilregnelighet, men gjør unntak for regelen i de tilfeller foretaket kan bebreides. Vurderingen for når man kan straffe foretaket blir ifølge Eskeland: om foretaket kan bebreides for at utilregnelige personer begår straffbare handlinger på vegne av foreta-

⁶² NOU 1989:11 s.16, Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.15

⁶³ *Ibid.*

ket.⁶⁴ Etter min mening må han her ha oversett de helt klare forarbeidene. Men løsningen kan likevel ha noe for seg fordi hovedvekten blir lagt på hvorvidt *foretaket* kan bebreides og ikke hvorvidt ”noen” som handler er tilregnelig.

5.4 Krav til subjektiv skyld hvor ”noen” ikke er en bestemt person?

Vi har nå sett at det er et krav om subjektiv skyld i de tilfeller der ”noen” er en bestemt person.” Spørsmålet er så om utsagnet ”Dette gjelder selv om...”⁶⁵ innebærer at skyldkravet er likt i de tilfeller der ”noen” ikke er en bestemt person.

Etter alminnelig språklig forståelse vil man kunne hevde at kravet er likt. Reelle hensyn kan nok også tilsi at man ikke gjør kravet forskjellig for de tilfeller der ”noen” ikke er en bestemt person, men noen klar løsning finnes ikke i loven. Som ved skyldspørsmålet ellers i foretaksstraffen er man derfor henvist til å se på de uklare forarbeidene.

I pkt.5.3. fjerde avsnitt pekte jeg på at det i forarbeidene nevnes at det gjøres unntak fra skyldkravet ved foretaksstraff.⁶⁶ Jeg kom der frem til at et slikt unntak ikke var ment for de tilfeller der ”noen” er en bestemt person. Videre så vi at forarbeidene nevnte at ”... anonym og kumulativ skyld rammes av bestemmelsen”.⁶⁷ Spørsmålet blir derfor om det er et unntak fra kravet om skyld ved anonyme og kumulativ feil? Videre er det verdt å spørre seg: Hva er anonym skyld, og hva er kumulativ skyld?, er det noen forskjell i disse vurderingene?

5.4.1 Subjektiv skyld ved anonym gjerningsperson

Anonym skyld blir i NOU-en definert via en fremgangsmåte for å konstatere om det foreligger anonym skyld:

”Ved å se på de objektive forhold ved handlingen, kan man som oftest trekke slutninger om noen har handlet uaktsomt [...] I visse tilfeller vil det også kunne foreligge anonymt forsett. Det vil f.eks ut fra de faktiske forhold være klart at lovbruddet ikke kunne ha skjedd uten at noen i bedriften har handlet forsettlig”.⁶⁸ (min tilføyelse)

Anonym skyld er altså skylden til en eller flere ukjent(e) person(er).

⁶⁴ Eskeland (2006) s.261

⁶⁵ Strl §48a første ledd siste punktum. Se oppgavens pkt.5.3 s.14

⁶⁶ NOU 1989:11 s.15, Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.14

⁶⁷ *Ibid.* se pkt.5.3. fjerde avsnitt

⁶⁸ NOU 1989:11 s.16, Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.14

Som vi ser av sitatet ovenfor kan anonym skyld omfatte straffebud med både uaktsomt og forsettlig skyldkrav. Denne skylden vurderes ut ifra objektive forhold ved handlingen. Forarbeidene er således klare på at det her er mulig å konstatere skyld, og det foreligger etter dette ett skyldkrav for anonyme feil.⁶⁹ Unntaket fra kravet om subjektiv skyld, i de tilfellene gjerningspersonen er anonym, er etter dette forsvinnende lite.

5.4.2 Subjektiv skyld ved kumulasjon

Også her kommer den ovennevnte uttalelsen om unntak for det subjektive skyldkravet inn jf. NOU: 1989:11 s. 15. Videre står det i NOU-en på s.16:

”Kumulative feil kan bare rammes ved overtredelse av straffebud som har uaktsomhet som skyldform. Det er etter kommisjonens syn ikke mulig å statuere kumulativt forsett, siden forsettet er betinget av at den nødvendige kunnskap foreligger hos en enkelt person”.

Dette unntaket fra kumulasjonsansvar ved bestemmelser som forutsetter forsett, støttes opp i juridisk teori. Magnus Matningsdal og Anders Bratholm gjentar sitatet fra NOU-en i sin bok og legger til:

”Det er et begrepskjennetegn på forsett at man ikke kan summere flere personers kunnskap for på den måten å statuere forsett”.⁷⁰

Høivik begrunner unntaket med at ”...forsettskravet inneholder en psykologisk komponent som forutsetter en individuell gjerningsperson”.⁷¹

Også Høyesterett legger forarbeidenes uttalelse til grunn i et *obiter dictum* i Rt.2007 s.785. I avsnitt 15 i dommen uttaler retten, ”Så fremt straffebudet ikke krever forsett, vil man ved foretaksstraff også kunne straffe kumulative feil...”. De velger å bruke en setning på dette i sin generelle uttalelse om foretaksstraff, selv om det i dette tilfellet var et enkeltpersonforetak der man klart visste hvem gjerningspersonen var.

Eskeland mener det ikke er et krav om skyld for kumulasjon. Han skriver i sin bok at man bør se bort fra NOU-ens⁷² uttalelse om at det gjelder et krav om uaktsomhet ved kumulasjon.⁷³

⁶⁹ Høivik (2011) s.197

⁷⁰ Matningsdal (2003) s.395

⁷¹ Høivik (2011) s.220

⁷² NOU 1989:11 s.9

⁷³ Eskeland (2006) 359.

Bakgrunnen for dette er Eskelands oppfatning av at det gjelder et krav om skyld for ledelsen, derfor mener han at:

”Selv om gjerningspersonen ikke er noe som helst å bebreide, kan det være grunnlag for å bebreide foretakets *ledelse* for at feilen er begått, f.eks. fordi det ikke er utferdiget instruksjoner som burde vært gitt eller sikkerhetsrutinene ikke var gode nok for å forebygge uhell. I så fall er det like stor grunn til å la foretaket bli strafferettslig ansvarlig som vis gjerningspersonen er «litt» å bebreide”.⁷⁴

Som i tilfellet ved tilregnelighet har han en helt annen tolkning enn både lovutvalget og høyesterettsdommerne. Men løsningen er likevel interessant, fordi hovedvekten blir lagt på hvorvidt *ledelsen* kan bebreides, og ikke om ”noen” som handler på vegne av foretaket kan bebreides.

Til tross for Eskelands oppfatning er rettskildebildet klart. Det er et krav om subjektiv skyld i kumulasjonstilfellene. I motsetning til ved anonym skyld omfatter kumulert skyld imidlertid kun uaktsomhet. Det vil si at det gjelder et visst unntak for skyldkravet ved kumulasjonsansvar: Kumulasjon kommer ikke til anvendelse ved straffebud som forutsetter forsett.

5.4.3 Anvendelse av kravet til subjektiv skyld i teori og praksis

I det følgende skal jeg si noe om anvendelsen av kravet til subjektiv skyld der ”noen” ikke er en bestemt person. Meg bekjent finnes det få eksempler i praksis som konkret gir uttrykk for at det foretas en kumulasjon- eller anonym- ansvarsvurdering. Jeg er derfor i stor grad henvist til å trekke linjene mellom reglene, og anvendelsen av disse selv. I mangel på andre kilder vil jeg derfor også trekke inn reelle hensyn når jeg nå går nærmere inn på anvendelsen av kravet til subjektiv skyld der ”noen” ikke er en bestemt person.

Denne gjennomgangen av anvendelse vil bli noe mer omfattende enn gjennomgangen under anvendelsen der ”noen” er en bestemt person. Dette gjør den fordi skyldvurderingen i disse tilfellene er gjort noe mer sammensatt enn ellers i strafferetten.

5.4.3.1 Forsett

Vurderingen av gjeldende rett innebærer at det blir forskjellig ansvar for foretaket i de tilfeller der det er anonymt ansvar, og der det er kumulativt ansvar. Forbrytelser som underslag og tyveri jf. strl kap.24, utpressing og ran jf. strl kap. 25, bedrageri, utroskap og korrupsjon jf.

⁷⁴ *Ibid.*

strl kap. 26, og andre alvorlige forbrytelser, vil etter dette kunne skje ustraffet i kumulasjonstilfeller, da disse bestemmelsene forutsetter forsett.

Eksempelene er kanskje ikke så praktiske da man normalt har en gjerningsperson å forholde seg til i slike tilfeller. Likevel blir resultatet at ved anonyme feil vil foretaket kunne straffes, men ikke ved kumulative feil. Dette er fornuftsstridig da man ved anonyme feil ikke kan utelukke, i hvert fall ikke alltid, at man står overfor flere gjerningspersoner, altså kumulert skyld, man vet jo ikke hvem gjerningspersonen(e) er. Delingen mellom anonyme og kumulative feil er slik jeg ser det egentlig bare en måte å inndelegte vår uvitenhet på. Samtidig vil det være like klanderverdig av foretaket uansett hvem ”noen” er.

Vurderingen i anonyme tilfeller er når man ut ifra faktiske forhold finner ut at det er klart at lovbruddet ikke kunne skjedd uten at noen i bedriften har handlet forsettlig.⁷⁵ Man skal altså ut ifra faktiske forhold ”fingere” hva en gjerningsmann har tenkt idet han handlet. Dette minner mye om den ”fingering” av skyld som vi ofte ser ellers i strafferetten, av den grunn at det i mange tilfeller vil være umulig å få klarhet i hva gjerningspersonen faktisk tenkte idet den straffbelagte handlingen ble begått.

5.4.3.2 *Uaktsomhet*

Uaktsomhetsvurderingen ved anonyme og kumulative feil samsvarer med uaktsomhetsvurderingen ellers i strafferetten. Dette bekreftes blant annet i Rt.1988 s.1356 som handlet om anonyme feil under forurensning ved Porsgrunn fabrikker skriver Høyesterettsdommeren:

”Når det ikke er kjent hvilken person innenfor bedriften som har ansvaret for en handling eller unnlatelse, må aktsomhetsbedømmelsen nødvendigvis få et objektivt preg. Det lar seg således ikke gjøre å bringe på det rene hvilken viten vedkommende faktisk hadde; man må nøye seg med å spørre hva vedkommende burde vite eller bringe på det rene. Nå blir nok forskjellen fra andre saker likevel ikke så stor, idet enhver aktsomhetsvurdering har en objektiv kjerne...”.⁷⁶

Man ser altså bort fra den subjektive vurderingen som uaktsomheten egentlig inviterer til, noe man også gjør i andre saker.

⁷⁵ NOU 1989:11 s.16, Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.14

⁷⁶ Rt.1988 s.1356 (s.1360).

Men kumulasjonstilfellene byr på noen ekstra utfordringer. Kumulasjon er altså de tilfeller der flere til sammen oppfyller vilkårene for straff.⁷⁷ Dette fører til at man konstruerer en person, ”fingerer” ham og må etter vurderingen i pkt.5.4.2 postulere at vedkommende har utvist uaktsomhet. Hva som skal til for at kravet er oppfylt kan løses på flere måter. For det første kan det være ett krav at alle har opptrådt uaktsomt, kumulasjonen går således ut på den objektive siden av overtredelsen. For det andre kan det være bare en som er uaktsom, men de andre har handlet sammen om å oppfylle den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Det tredje, og siste, alternativet er at alle er litt uaktsomme men ikke nok til at de hver for seg oppfyller kravet til skyld. Altså hvis det er tre personer som sammen har oppfylt gjerningsbeskrivelsen så er de kanskje hver for seg 1/3 uaktsomme, noe som til sammen blir tilstrekkelig uaktsomt. Det kommer hverken i praksis eller forarbeider klart frem hvordan dette skal løses.

Det som leses ut ifra forarbeidene er det begrunnes at man ikke kan kumulere forsett, fordi forsett forutsetter at man kan etablere det hos en enkelt person, se pkt.5.4.3.1. Dette tyder på at man i uaktsomhetsvurderingen skal bruke det tredje alternativet, nemlig at hver av de handlende er litt uaktsomme. I NOU 1989:11 s.9 defineres kumulasjon som tilfeller der lovbrudd ”...skyldes flere mindre feil som samlet må karakteriseres som uaktsomhet – feil begått av forskjellige personer, uten at noen av feilene er store nok til å medføre straffansvar for noen enkeltperson...”. Dette tyder også på alternativ tre, men helt klart er det ikke.

Det vanlige er nok at man ser bort fra dette vanskelige tankespranget og forholder seg til kumulasjon på et litt mer overordnede nivået. Man ser på hva som har skjedd, veier det opp mot hva som burde ha skjedd, og konkluderer ut ifra dette om det var uaktsomt.

Et eksempel som kan tale for dette finner vi i Rt.2004 s.698, der Esso Norge AS ble tiltalt for overtredelse av forurensningsloven, som har uaktsomhet eller forsett som skyldkrav. I dommen ble det aldri nevnt en enkeltperson som handlet på vegne av foretaket. Mye tyder på at det var snakk om kumulasjon da det ble vist til flere små forhold som ble vurdert, og som til sammen innebar at bestemmelsen var overtrådt. Hele dommen bar preg av en vurdering av hvorvidt Esso, som samlet bedrift, hadde overholdt strenge industristandarder og gjort det som var rimelig å regne med.⁷⁸ Det ble ikke problematisert hvem som handlet i uaktsomhetsvurderingen. Det ble i stedet vurdert hva Esso hadde foretatt seg og ikke foretatt seg.

Det virker således som man vurderer uaktsomheten som om det er én gjerningsperson. Hvis dette er tilfellet vil det omfatte alle de tre overnevnte alternative måtene man kan vurdere om

⁷⁷ Høivik (2011) s.24

⁷⁸ Rt.2004 s.698 avsnitt 26 og 27

kravet til subjektiv skyld er overholdt. Et poeng bak en slik forenkling av vurderingen er nok at det i praksis ofte er slik at foretaket kan klandres for dårlig organisering, som har medført at det ikke er én ansvarlig, men flere. Foretaket har altså hatt en manglende kontroll og ledelse. Dermed er det den dårlige organiseringen som fører til at selskapet blir straffet. Departementets egen beskrivelse av kumulasjonsansvaret peker også i denne retningen der de sier:

”Men foreligger kumulative feil – det vil si feil som ingen enkeltperson kan gjøres ansvarlig for, men **som foretaket kunne ha unngått ved bedre kontroll- eller sikkerhetsrutiner m.v...**”.⁷⁹ (min uthevning)

Det sentrale ved kumulasjonsvurderingen ser etter dette ut til å være hvorvidt foretaket kan bebreides for dårlig organisering og kontroll.

Noe lignende ser vi også i Rt.2008 s.668 (19). Saken gjaldt foretaksstraff for en kommune som hadde en utenlandsk ansatt uten nødvendig arbeidstillatelse. Høyesterett uttaler i et *obiter dictum*:

”... skyldkravet [må] etter min mening uansett anses oppfylt, og da på grunn av **manglende koordinering eller veiledning fra sentralt hold i kommunen**. Jeg viser her til det jeg tidligere har nevnt om at foretaksstraff kan anvendes også på grunnlag av anonyme eller kumulative feil” (min uthevning og tilføyning)

Det ser dermed ut som vurderingen av subjektiv skyld ved anonyme og kumulative feil i praksis er ganske lik det Eskeland hevdet.⁸⁰ Det avgjørende er om foretaket kunne ha hindret overtredelsen, altså om foretaket er å bebreide.

5.4.3.3 *De perifer skyldformene; Hensikt, overlegg, dolus eventualis og Culpa levissima.*⁸¹

Jeg har ikke funnet eksempler på vurdering av anonym eller kumulativ *culpa levissima*, *dolus eventualis*, hensikt eller overlegg. Slik jeg ser det burde også ansvaret til foretaket, for anonyme og kumulative feil, avgrenses mot disse tilfellene. Dette er skyldformer som ligger i ytterkantene av kravet til subjektiv skyld. Samtidig som det er vanskelig å forestille seg eksempler på vurderinger som vil gi fornuftige resultat. For eksempel ved overlegg som krever planlegging. Det er vanskelig å se for seg at man ikke vet hvem gjerningspersonen er, men likevel vet at personen har planlagt. Dersom kumulasjon var omfattet av forsett ville det også

⁷⁹ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.17

⁸⁰ Oppgavens pkt. 5.4.2

⁸¹ Se oppgavens pkt. 4.2 og 4.3

hvert spesielt at noen ikke hver for seg hadde planlagt, men dersom man ser det sammen ville det hvert planlagt likevel. Et alternativ da er nok heller å straffe for medvirkning til overlegg enn kumulasjon.

Et annet eksempel er *culpa levissima* som i seg selv er en forsettsform som trekker straffansvaret meget langt. Dersom *culpa levissima* også er en del av skyldvurderingen ved anonyme og kumulative, vil det til sammen trekke ansvaret for foretaket vel langt.

Reelle hensyn tilsier derfor at grensen for anonym og kumulativ skyldvurdering går ved de mer perifere skyld formene.

5.4.3.4 Oppsummering av anvendelsen av kravet til subjektiv skyld

Oppsummert viser gjennomgangen nok en gang at det sentrale ved både forsettsvurderingen og uaktsomhetsvurderingen, er objektive, faktiske forhold som man fingerer skyld ut ifra, og om foretaket kan bebreides. Det er vanskelig å se at det er noen god grunn for å ha forskjellige vurderinger for disse skyldformene ved anonyme og kumulative feil. Men de mer perifere skyldformene passer i alle tilfeller dårlig som skyldform der ”noen” ikke er en bestemt person.

6 Kritikk av gjeldende rett. Opptakt til de lege ferenda vurderingen

6.1 Innledning

I det følgende vil jeg ta for meg noen sentrale rettskilder av forarbeider og rettspraksis samt gi min vurdering av gjeldende rett. Dette er med på å legge noen premisser til de lege ferenda drøftelsen i pkt.7.

Gjeldende rett er basert på en prinsipiell tanke om at foretak ikke har bevissthetsinnhold og derfor heller ikke kan handle. Dette har medført at man stiller et krav om skyld hos andre, ”noen” som handler på vegne av foretaket.

Dette bryter mot et annet grunnleggende prinsipp, det at man ikke skal straffe ”kollektivt”, med andre ord holde noen ansvarlige for hva andre har gjort. I tillegg har denne fremgangsmåten mange uklarheter og paradokser, noe som klart kommer frem i både uklare forarbeider og Høyesteretts til dels sprikende argumentasjon. Dette skal jeg komme nærmere inn på i de to neste punktene, pkt.6.2 og 6.3. Deretter skal jeg i pkt.6.4 vise at forskjellen fra alminnelig

strafferett er mindre enn jurister gjennom tidene har antatt,⁸² før jeg i pkt.6.5 viser det paradoksale ved dagens regler. Avslutningsvis i pkt.6.6 gjennomgås kort skyldkravet i den nye straffeloven av 2005, før jeg i pkt.6.7 vurderer hvorvidt gjeldende rett er i tråd med uskyldpresumpsjonen EMK art.6 nr.2.

6.2 Forarbeider uklare

Til tross for klarheten i sitatet om at foretak ikke kan utvise skyld,⁸³ er forarbeidene tvetydige. For selv om forarbeidene påpeker at foretak ikke kan utvise skyld, er det lagt vekt på flere subjektive momenter, blant annet i form av bebreidelse av foretaket som sådan, både under vilkårsvurderingen i §48a, og under den fakultative vurderingen i §48b. En grunn til å skille mellom vilkår for straff, altså skyldspørsmålet, og den fakultative vurderingen, altså straffespørsmålet, er at kravet til subjektiv skyld i utgangspunktet tilhører skyldspørsmålet. Jeg har derfor valgt å behandle disse hver for seg, for å vise hvordan bebreidelse kommer inn under begge disse vurderingene.

6.2.1 Forarbeider ved vurderingen av strl §48a

Et eksempel på en vurdering som kommer inn under skyldspørsmålet er vurderingen av vilkåret ”på vegne av”. Som nevnt i pkt.3.3.2, fritar instruksbrudd bare når foretaket ikke kunne forutsi at overtredelsen ville inntre.⁸⁴ Foretaket anses altså å ha en evne til å forutse, og påregnelighetsvurderingen bærer klart preg av en vurdering av hvorvidt foretaket kan klandres.

Andre uttalelser som er egnet til å skape tvil, er ved unntak for force majeure-tilfellene. For det første er det uklart om force majeure tilfellene er ment som et absolutt unntak, altså et vilkår om fravær av force majeure dersom man skal straffes jf. ”Force majeure tilfeller rammes selvsagt heller ikke.”⁸⁵ Eller om det bare er en adgang til å gjøre unntak, det vil si en del av den fakultative vurderingen, jf. ”...bør foretaket ikke straffes”.⁸⁶ Det er etter dette uvisst om force majeure hører til under skyld- eller straffespørsmålet.

For det andre gjelder unntaket der et ”...foretak har foretatt alt som praktisk er mulig for å unngå uhell, og dette likevel har skjedd...”⁸⁷. Her kan altså et foretak foreta seg noe for å unngå straff, eller som ved instruksbrudd bli straffet dersom det har forholdt seg passiv.⁸⁸

⁸² Jeg viser i den sammenheng til drøftelsen tidligere i oppgaven der både sentrale jurister, dommere og lovgivere utelukkende legger vekt på at man ikke kan vurdere skyld hos et foretak som ikke har skyldevne.

⁸³ NOU 1989:11 s.9, Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.6, se oppgavens pkt. 5.2.

⁸⁴ NOU 1989:11 s.17. Pkt.3.2 første avsnitt, Se oppgavens pkt. 6.3.1.1

⁸⁵ NOU 1989:11 s.16.

⁸⁶ NOU 1989:11 s.16.

⁸⁷ NOU 1989:11 s.16.

6.2.2 Forarbeider ved vurderingen av strl §48b

Foretakets handling i forhold til overtredelsen kommer også frem under straffespørsmålet i strl §48b. Der kommer forutsetningen om bebreidelse frem gjennom flere momenter som det særlig skal legges vekt på i den skjønnsmessige vurderingen. For eksempel skal det legges vekt på overtredelsens grovhet jf. bokstav b og om *foretaket* ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne forebygget overtredelsen jf. bokstav c.

Under vurderingen av grovheten av overtredelsen jf. bokstav b legges det, i Ot.prp.nr.27 (1990-1991) på s.21, vekt på hvis:

”... for eksempel **foretaket har gjort alt** som med rimelighet kan kreves for å hindre lovbrudd, bør det normalt ikke få betydning om en ansatt har opptrådt meget skjødesløst, slik at overtredelse likevel finner sted” (min uthevning)

Igjen har altså foretaket mulighet til å gjøre noe, handle, for å unngå straff.

Disse eksemplene fra forarbeidene er med på å belyse at sentrale momenter i vurderingen av foretaksstraff innebærer en vurdering av om foretaket kan bebreides, man synes dermed ikke å forholde seg konsekvent til det at et foretak ikke kan handle.

6.3 Høyesterett særlig vanskelig å følge

Nå har vi sett at forarbeidene åpner for en vurdering av foretakets handling. Spørsmålet er så hvordan denne vurderingen blir i praksis. Jeg har i den sammenheng tatt for meg et knippe dommer for å illustrere en tendens som viderefører forarbeidene. Av hensyn til oppgavens lengde har jeg ikke hatt mulighet til å ta for meg fler.

Jeg vil først ta for meg Teknotherm-dommen, Rt.2007 s.1684, pkt.6.3.1.1, da dette er dommen som etablerer standpunktet om at det ikke skal gjelde et krav om skyld for ledelsen.⁸⁹ Deretter vil jeg vurdere KPMG, Rt. 2008 s.996, pkt.6.3.2.1, og Norcem, Rt.2012 s.770, pkt.6.3.2.2, som viderefører standpunktet til Teknotherm.⁹⁰ Videre har jeg tatt med Norconsult-dommen, Rt.2013 s.1025, pkt. 6.3.2.3. Jeg skal som ved forarbeidene først ta for meg praksis fra skyldspørsmålet under §48a deretter kommer praksis fra straffespørsmålet under §48b.

⁸⁸ Oppgavens pkt.6.3.1.1

⁸⁹ Oppgavens pkt.5.2

⁹⁰ Oppgavens pkt.5.2

6.3.1 Praksis ved vurdering av §48a

6.3.1.1 Teknotherm-dommen

Også i praksis er det først og fremst vilkåret ”på vegne av” foretaket som gir eksempler på bebreidelse av foretaket under skyldspørsmålet. I denne sammenheng er Teknotherm-dommen illustrerende. Før jeg går inn på vurderingen av ”på vegne av” foretaket er det nødvendig å si noen ord om høyesterettsdommerens argumentasjon for at det ikke skal være noe krav om skyld for ledelsen jf. oppgavens pkt. 5.2.

I avsnitt 37 i dommen stadfester førstevoterende at det ikke er noe krav om skyld for ledelsen.⁹¹ Høyesterett begrunner dette blant annet med at det står klart i forarbeidene og henviser til ot.prp. s.13-17.⁹² Som Niels Kristian Axelsen finner jeg ingenting i forarbeidene som gir inntrykk av at dette er klart.⁹³ Det står ingenting på disse sidene som taler hverken for eller imot et krav om ledelsesskyld. Det andre argumentet Høyesterett begrunner konklusjonen sin med er at det ikke finnes noe høyesterettspraksis som fastsetter et krav om skyld for ledelsen. Å trekke en slutning ut fra manglende praksis i Høyesterett er etter min mening meget upresist. Det at Høyesterett ikke har behandlet problemstillingen før kan ha helt naturlige årsaker. Jeg viser i den sammenheng til at foretaksstraff som strafferettslig institutt er relativt nytt og at det derfor ikke finnes spesielt mye høyesterettspraksis om temaet.

Høyesterett tar altså et klart standpunkt til at det ikke skal gjelde noe krav om skyld for ledelsen, og begrunner det utelukkende med nevnte vurdering av forarbeidene og manglende praksis. Å ikke innskrenke ansvaret med et krav om skyld for ledelsen er kanskje en ”lovgiverlojal” tolkning, men argumentene er etter min mening ganske tynne. Samtidig vil vi under vurderingen av ”på vegne av” foretaket se at dette ikke blir praktisert absolutt.

I Teknotherm-dommen var det ikke nok at gjerningspersonen var ansatt i foretaket, at handlingen ble utført mens vedkommende var på jobb, med et stoff som hørte med til jobben, for at vilkåret ”på vegne av” foretaket var oppfylt. Det var gitt en instruks fra ”...prosjektleder C...”⁹⁴, om å ikke slippe ut den ammoniakkholdige vesken. Vurderingen gikk dermed ut på om Teknotherm i tilstrekkelig grad hadde gjort nok for å hindre utslippet.⁹⁵ Ved vurderingen ble det lagt vekt på at Teknotherm ikke hadde gode rutiner for behandling av ammoniakkblanding.⁹⁶ I tillegg hadde det gått fire dager fra prosjektlederen fikk vite at den ansatte ønsket

⁹¹ Oppgavens pkt.5.1

⁹² Rt.2007 s.1684 (37)

⁹³ Axelsen (2009) s.203

⁹⁴ Rt.2007 s.1684 (27)

⁹⁵ *Ibid.* (32)

⁹⁶ *Ibid.* (25) og (35)

å slippe ut giften til det ble sluppet ut. Det hadde derfor vært god tid til å "...forsikre seg om at blandingen ville bli forsvarlig behandlet"⁹⁷. Det ble konkludert med at vilkåret "på vegne av foretaket" var oppfylt. Det var således ikke nok at prosjektlederen ga en instruks, når han kunne ha forutsett at instruksene ville bli brutt, og i tillegg hadde tid på seg til å gjøre andre tiltak. Tidsaspektet er også et moment som kommer inn under den alminnelige uaktsomhetsvurderingen.⁹⁸ Vurderingen kunne således likegodt vært en uaktsomhetsvurdering av om prosjektlederen hadde tatt en bevisst risiko.

Dette er altså dommen som ble et eksempel for senere praksis. Man ser ut i fra gjennomgangen over er det noe uklart hva dommerne egentlig har tenkt ved vurderingen av ledelsesskyld. Det er også påfallende at det sentrale i vurderingen likevel ser ut til å være noe som minner om en uaktsomhetsvurdering av noen i ledelsen.

6.3.2 Praksis ved vurdering av §48b

Selv om alle vilkårene for straff er oppfylt er det opp til retten og påtalemyndigheten å velge om det burde ilegges straff i hvert enkelt tilfelle. I den sammenheng kan man tenke seg at praksis fra denne vurderingen ikke vil være relevant for vurderingen av subjektiv skyld. Likevel ser det ikke ut til å være så stor forskjell mellom skyld – og straffespørsmål ved foretaksstraff.

Som Andenæs skiver "Det er nok nært slektskap mellom det juridiske og det moralske skyldbegrep. Begge hviler på den forutsetningen om at det kan *bebreides* gjerningsmannen at han handlet som han gjorde..."⁹⁹.

Dette er også fremhevet i Rt. 2000 s.234 Denne dommen handlet om hvorvidt en sak om rettergangsbot som foretaksstraff måtte gis etter muntlig behandling, eller om skriftlig behandling var tilstrekkelig.

"Når straffansvar er fakultativt, får selve den skjønnsmessige avgjørelse av om ansvar skal statueres, eller om foretak skal frifinnes, mange likhetpunkter med skyldspørsmålet. Materielt sett har dette langt på vei karakter av å være sakens **egentlige** skyldspørsmål".¹⁰⁰ (min uthevning)

⁹⁷ *Ibid.* (35)

⁹⁸ Andenæs (2004), s.247, jf. oppgavens pkt. 4.3,

⁹⁹ Andenæs (2004), s.208

¹⁰⁰ Rt.2000 s.234 s.243

Som vi skal se under pkt.6.7.2 skiller heller ikke den europeiske menneskerettighetsdomstolen, EMD, klart mellom subjektiv skyld som et vilkår eller som en del av straffevurderingen når de skal vurdere om nasjonal rett er i overensstemmelse med EMK art.6 nr.2 og uskyldpresumpsjonen.

6.3.2.1 KPMG-dommen

KPMG-dommen gjelder revisjonsfirmaet KPMG som ble dømt til foretaksstraff med en bot på fem millioner kroner. Bakgrunnen var at en av de ansatte hadde overtrådt revisorloven og regnskapsloven ved den ordinære revisjonen for tre aksjeselskaper. Det forelå rettskraftig dom for den ansatte så vurderingen gjaldt om det skulle ilegges straff jf. den fakultative vurderingen i §48b.

KPMG-dommen er en av dommene som følger opp konklusjonen i Teknotherm-dommen, og det uttales: ”Det er ingen forutsetning for bruk av foretaksstraff at foretaket eller noen i dens ledelse er å bebreides for de feil og mangler som ligger til grunn for den straffbare handlingen”¹⁰¹. Også her virker konklusjonen klar. Litt tvetydig er det likevel når det rett etterpå tilføyes: ”Jeg finner det likevel påfallende at den samme svikten kunne skje to år på rad”¹⁰². Det ser etter dette ut som høyesterettsdommerne ikke klarer å la være å klandre foretaket for svikten likevel. I helhetsvurderingen legges det også vekt på om det vil være en allmennpreventiv effekt å ilegge straff.¹⁰³ Dette så førstevoterende i sammenheng med vurderingen av om det var noe å bebreide selskapet, altså om ”...selskapet burde handlet annerledes...”¹⁰⁴. Høyesterett kom frem til at selskapet burde handlet annerledes ved å sikre ”...etterlevelsen av manualene...”¹⁰⁵. Videre i avsnitt 41 under vurderingen av handlingens grovhet påpekes det hvor lett det ville være for foretaket å oppdage og kontrollere svikten ved enkle kontrolltiltak. Begrunnelsen for ansvar ser alt i alt ut til å være at foretaket burde hatt bedre ordninger for å sikre etterlevelse av lovverket og dermed hindre slike lovbrudd. Dette minner også om en uaktsomhetsvurdering der foretaket anses for å ikke ha vært påpasselig nok.

6.3.2.2 Norcem-dommen

I Norcem-dommen falt en ansatt ned ni meter fra en usikret plattform da han skulle stake en tett nedfallstrakt. Plattformen hadde også en sikret del som det var ment man skulle bruke. Den usikrede delen hadde imidlertid blitt brukt i flere år, da det var vanskeligere å stake fra

¹⁰¹ Rt. 2008 s.996 (38)

¹⁰² *Ibid.* (38)

¹⁰³ *Ibid.* (30).

¹⁰⁴ *Ibid.* (30).

¹⁰⁵ *Ibid.* (35).

den sikre delen. Tingretten hadde allerede konkludert med at vilkårene for straff var oppfylt, vurderingen var om straff skulle ilegges i samsvar med strl §48b.

Tidlig i dommen er det lagt vekt på at Norcems ledelse ikke er å klandre og Høyesterett presiserer at det ikke er noe vilkår at ledelsen kan klandres. Men også her er vurderingen litt selv-motsigende når det i begrunnelsen blir lagt avgjørende vekt på at ledelsen og lederskikkelser i selskapet kan bebreides. I forslag til tiltak som burde vært gjort for å avverge ulykken uttaler Høyesterett i avsnitt 42 og 43 at bedriften "...i større grad burde ha klarlagt og identifisert særlige fysiske faremomenter på anlegget...". Videre legger de vekt på at det i de halvårige vernerundene burde vært stilt "...mer konkrete spørsmål om hvordan arbeidsoperasjonene, i det minste de som kunne medføre en viss risiko, faktisk ble utført". Deretter påpeker Høyesterett at skiftbasene burde "...vært innpodet sitt ansvar som ledere og forbilder, både når det gjelder reglene og å varsle om avvik". Det ble også påpekt at det var en uheldig utforming av arbeidsplassen. Momentene tilsier at det burde vært gitt bedre opplæring til ledere av skiftbasene og at arbeidsplassen burde vært mer praktisk og sikkerhetsmessig tilrettelagt. De avgjørende momentene var altså likevel at ledere i foretaket var å bebreide.

6.3.2.3 *Norconsult-dommen*

Norconsult-dommen handler om foretaksstraff da "noen" som handlet på vegne av foretaket var dømt for medvirkning til korrupsjon i Tanzania, i forbindelse med en utbygging av et vann og avløpsnett. Det ble først raskt konstatert at vilkårene for straff etter §48a var oppfylt før de gikk over til straffespørsmålet og vurderte om straff skulle ilegges i tråd med vurderingen i strl §48b.

I avsnitt 51 går Høyesterett inn på vurderingen av om "...Norconsult kan bebreides...".

De kommer frem til at det kan de blant annet fordi ledelsen ikke har gitt "...tydelig uttrykk for at ingen form for korrupsjon er akseptabel."¹⁰⁶ Det ble videre lagt vekt på at Norconsult hadde få regler som forbød selskapets medarbeidere å gi bestikkelser og dette til tross for at selskapet hadde forbindelser i flere korrupsjonsutsatte land deriblant Afrika, Asia og Sør-Amerika.¹⁰⁷ Videre i avsnitt 62 vurderes det om foretaket kunne gjort noe mer for å forebygge overtredelsen.

Det sentrale i Høyesteretts vurderingen er om foretaket er å bebreide. I dette tilfellet var det mangel på intern oppfølging av ansatte på alle nivåer i bedriften, og man ønsket at flere be-

¹⁰⁶ Rt.2013 s.1025 (53)

¹⁰⁷ Rt.2013 s.1025 (52)- (60). Det fremkommer ikke direkte at reguleringen er dårlig men det kan leses ut i fra konteksten der Norconsult argumenterer for at korrupsjon ikke var dårligere regulert enn i resten av bransjen.

drifter skulle ta dette på alvor ved å vise motstand mot korrupsjon. Vurderingen kan også kobles til en slags uaktsomhetsvurdering der foretaket var uaktsomt som ikke hadde truffet nok tiltak for å forebygge slike hendelser, spesielt når ansatte gir uttrykk for å mangle ”...vilje til å ta forbudet...” mot korrupsjon på alvor.¹⁰⁸

Det meste talte for at foretaket burde straffes, men det ble ikke gitt bot likevel. Bakgrunnen for dette var at forholdet ikke ble avgjort innen rimelig tid, og det allerede var gitt mange andre reaksjoner for foretaket, slik at total reaksjonen ville bli urimelig dersom det også ble ilagt foretaksstraff.¹⁰⁹

6.3.3 Oppsummering av gjennomgangen av praksis

Oppsummert foreligger det etter gjeldende rett ikke noe vilkår om subjektiv skyld for foretaket, men i praksis vurderes det om foretaket er å bebreide og om det er noe foretaket kunne gjort for å forhindre overtredelsen. Dette er vurderinger som i stor grad minner om alminnelige uaktsomhetsvurderinger. Det er påfallende at Høyesterett først konkluderer med at et foretak ikke kan utvise skyld og at det ikke er noe krav om skyld for ledelsen når det i vurderingen likevel legges vekt på momenter som like gjerne kunne vært en del av uaktsomhetsvurdering for ledelsen eller foretaket som sådan.

6.4 Subjektiv skyld er ikke direkte observerbart

Bakgrunnen for det følgende avsnittet er å sammenligne skyldvurderinger i strafferetten for å vise at skyldvurderingene er ganske like uansett hva slags område innenfor strafferetten man er inne på.

I pkt. 4.4 viste jeg at både den alminnelige forsettsvurderingen og uaktsomhetsvurderingen som regel innebærer å se på de ytre omstendighetene og basert på disse legge til grunn gjerningspersonen har tenkt i det han handlet.¹¹⁰ Ved forsett har man kanskje ingen objektiv kjerne som i uaktsomhetsvurderingen, men det vil likevel være en vurdering av ytre konkrete omstendigheter. I pkt. 5.3.1 så vi at vurderingen av skyld blir lik som den alminnelige, i de tilfeller ”noen” er en bestemt person. I pkt. 5.4.3.1 så vi at vurderingen av forsett ved anonyme feil også blir lik som forsettsvurderingen ellers. Videre i pkt. 5.4.3.2 viste det seg at man i praksis ser bort fra kumulative gjerningspersoner og vurderer som det er én person. Vurderingen blir dermed lik den alminnelige vurderingen også ved kumulative og anonyme feil.

¹⁰⁸ Rt.2013 s.1025 (53)

¹⁰⁹ *Ibid.* (96)

¹¹⁰ Andenæs (2004) s.240

Det ser ut som man i praksis i liten grad er avhengig av å vurdere hva som hva den som handler tenker for å konstatere om det foreligger subjektiv skyld, i hvert fall når en vurderer uaktsomhet. Dette taler for at man heller ikke trenger å fokusere så mye på foretakets manglende evne til å tenke for å vurdere uaktsomhet for foretaket. Det vil i praksis ikke skille seg stort fra den vurderingen som gjøres allerede i dag,¹¹¹ men det vil gi sterkere rettslig vern for foretaket da et krav om subjektiv skyld er et vilkår og ikke en del av det fakultative skjønnet til politiet og domstolen.

6.5 Paradoksale konsekvenser

Som vi har sett er gjeldende rett uklar og noe paradoksalt når det gjelder krav om subjektiv skyld for foretaket. Både i forarbeider og praksis sies det på den ene siden at et foretak er abstrakt og ikke kan tenke eller handle, jf. blant annet oppgavens pkt.5.2. På den andre siden legges det stor vekt på hva et foretak har eller ikke har gjort i praksis jf. pkt. 6.2 og 6.3. På den ene siden er det vilkår om subjektiv skyld for den som handler på vegne av foretaket jf. pkt.5.3 og 5.4, men på den andre siden skal man ikke vurdere hvorvidt den som handler har skylddevne jf. pkt.5.3.2. Videre er det paradoksalt at det er gjort unntak for kravet om tilregnelighet som en nødvendig konsekvens av at man ikke kan ha anonym og kumulativ tilregnelighet jf.pkt.5.3.2. Samtidig er det ikke en nødvendig konsekvens at det er like skyldkrav for anonyme og kumulative feil jf. pkt.5.4.

Fraværet av tilregnelighetskravet for den som handler på vegne av foretaket illustrerer også et annet poeng som understreker det paradoksale ved selve konstruksjonen foretaksstraff. For i den sammenheng, er det som vi har sett, greit å fingere skyld for noen som ikke har subjektiv skylddevne. Men selve bakgrunnen for at ”noen” må oppfylle kravet om skyld for foretaket, er at foretaket selv ikke har subjektiv skylddevne. I den sammenheng er det likevel ikke greit å fingere skyld.

Når gjeldende rett er så uklar, tvetydig og inkonsekvent, kan man lure på om retten burde endres slik at den får et mer entydig og klart standpunkt. Den mest hensiktsmessige løsning er slik jeg ser det å heller ha et krav om skyld for foretaket.¹¹²

6.6 Skyldkravet i den nye straffeloven av 2005

Spørsmålet er så om disse paradoksene og uklarhetene løses i den nye straffeloven av 2005.

Strl.2005 §27 lyder som følger:

¹¹¹ Oppgavens pkt. 6.3

¹¹² Oppgavens pkt. 7.4

”Når et straffebud er overtrådt av noen som har handlet på vegne av et foretak, kan foretaket straffes. **Det gjelder selv om ingen enkeltperson har utvist skyld eller oppfylt vilkåret om tilregnelighet**, jf. § 20.1

Med foretak menes selskap, samvirkeforetak, forening eller annen sammenslutning, enkeltpersonforetak, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet.

Straffen er bot. Foretaket kan også fradømmes retten til å utøve virksomheten eller forbys å utøve den i visse former, jf. § 56, og ilegges inndragning, jf. kapittel 13”. (min uthevning)

Det kommer klart frem i loven at det ikke lenger skal være et krav om skyld for ”noen” som handler på vegne av foretaket. I forarbeidene presiseres det:

”Hvilket skyldkrav som er fastlagt i det aktuelle straffebudet, har følgelig ingen betydning for adgangen til å straffe et foretak. Derimot kan skyldkravet og graden av skyld hos dem som har handlet på vegne av foretaket, ha betydning for om foretaket *bør* straffes...”.¹¹³

Videre påpekes det at rettsstilstanden etter Rt.2002 s.1312 ikke blir videreført.¹¹⁴ Subjektiv skyld for ”noen” vil dermed kun få betydning i den fakultative vurderingen som er overlatt til påtalemyndigheten og til sist domstolen.

Bakgrunnen for denne endringen er at lovgiver ikke vil at de litt strengere skyldkravene de ønsker ellers i strafferetten skal ”...begrense adgangen til å ilegge foretaksstraff sammenlignet med rettsstilstanden i dag”.¹¹⁵ og at det er ”Prosessøkonomisk [...] kompliserende og fordyrende å måtte bevise subjektiv skyld for at foretaksstraff skal kunne idømmes”.¹¹⁶ Tendensen kan tyde på at de her ønsker å se mer bort fra ”noen” som handler på vegne av foretaket og kanskje fokusere mer på foretaket, som straffesubjekt. Det er riktig nok ikke nevnt at det skal være et krav om subjektiv skyld for foretaket. Det ser etter dette ut som man fortsatt holder fast ved standpunktet om at foretak ikke kan utvise skyld. På en annen side er realiteten av dette nye unntaket fra krav om subjektiv skyld at muligheten for straff blir større da man ikke lenger begrenses av skyldkravet for ”noen”. Dette kan medføre at bestemmelsen kommer mer i strid med EMK art.6. Jeg kommer litt inn å dette under pkt. 6.7.

¹¹³ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.431

¹¹⁴ Ibid. s.242

¹¹⁵ Ibid. s.242

¹¹⁶ Ibid. s.242

Man slipper etter dette de fleste paradoksene som er nevnt i pkt. 6.5. Men momentene som innebærer en vurdering av hvorvidt foretaket er å bebreide er tilsynelatende videreført. Det ser dermed ut som den nye loven flytter fokus bort fra ”noen” som handler på vegne av foretaket. Om fokuset i den anledning blir enda sterkere knyttet opp mot foretaket gjenstår å se.

6.7 Uskyldspresumsjonen

6.7.1 Innledning

Uskyldspresumsjonen er en av de mest fundamentale rettsstatsprinsipper. Den utgjør kjernen i de prosessregler som tilstreber at ingen uskyldige blir dømt.¹¹⁷ Prinsippet er hjemlet i EMK art.6. nr. 2:

”Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law”.

Uskyldspresumsjonen er delt i seks komponenter.¹¹⁸ Det er komponenten som gir en begrensning i bruk av skyldpresumpsjoner og objektive straffbarhetsvilkår som skal behandles her.

Som Høivik påpeker: ”...det er ikke lenger tvilsomt...”¹¹⁹ at foretak er vernet av konvensjonen. Dette kommer frem av både ordlyden ”...everyone charged...” og praksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstol.¹²⁰ Vernet gjelder naturligvis bare de artiklene som er mulig å krenke overfor et foretak. EMK art.6 er en slik artikkel.

Jeg skal i det følgende vurdere forholdet mellom uskyldspresumsjonen og foretaksstraff. Jeg vil først drøfte hva som ligger i kravet om uskyldpresumpsjon etter EMK artikkel 6 nr.2, pkt. 6.7.2. Deretter skal jeg vurdere forholdet mellom EMK og straffelovenes bestemmelser om foretaksstraff, pkt.6.7.3, for å se om bestemmelsene holder seg innenfor de folkerettslige forpliktelsene vi har til å overholde EMKs bestemmelser, jf. menneskerettighetsloven §2.

Det ser ikke ut til å være noen dommer fra EMD som direkte behandler om et rent objektive ansvaret for foretak er i strid med EMK art.6 nr. 2. Praksisen fra EMD som brukes i oppgaven er kun med for å illustrere at foretak er vernet av konvensjonen, samt for å vise hvordan en vurdering av dette spørsmålet antagelig blir.

¹¹⁷ Aall (2013) s.415.

¹¹⁸ Skoghøy (2014) pkt.2.4.3 s.313-320.

¹¹⁹ Høivik (2011) s.395

¹²⁰ Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden. EMD uttaler at saken er ”applicable in the present case”

6.7.2 Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6, nummer 2.

Begrepsmessig skulle man tro at skyldpresumpsjoner og objektivt ansvar står i direkte motsetning til uskyldpresumpsjonen, og derfor er i strid med konvensjonen. EMD oppstiller likevel ikke ett absolutt forbud mot dette. Vurderingen av om det konkrete tilfellet er konvensjonsmessige avgjøres etter en proporsjonalitetsvurdering.¹²¹ Proporsjonalitetsvurderingen er en avveining mellom "...what is at stake..." og "...the rights of the defence...".¹²² Man må altså veie begrunnelsen for unntaket fra skyldkravet opp mot retten til å forsvare sin uskyld.

Et moment i vurderingen er om det er mulig å forsvare seg og hevde sin uskyld.¹²³ I saken *Salabiaku v. France*, ble det lagt vekt på at det gjennom nasjonal praksis var etablert en mulighet for å forsvare seg, blant annet gjennom argumentasjon for at det forelå force majeure-begivenheter.¹²⁴ *Salabiaku* skulle hente en bag på flyplassen som var sendt til ham via en slektning som jobbet i et flyselskap. Saken gjaldt spørsmål om brudd på uskyldpresumpsjonen fordi bestemmelsen han var dømt for innebar et objektivt ansvar for inntak av hasj og hasj-frø. Etter EMDs oppfatning var muligheten for å forsvare seg ivaretatt. Det var mulig å føre bevis for at det forelå force majeure-begivenheter, dessuten hadde påtalemyndighetene ført bevis for at *Salabiaku*s adferd kunne tyde på at han hadde utvist skyld. Skyld var således en del av vurderingen.

EMD ser etter dette heller ikke ut til å skille så sterkt mellom en vurdering av subjektiv skyld som vilkår, eller som en del av en fakultativ vurdering. Sakene¹²⁵ gjaldt riktig nok skyldpresumpsjoner og ikke et rent objektivt ansvar. Likevel er det er det mye som tyder på at EMD ikke kan tillate at man omgår uskyldpresumpsjonen ved å unnlate å ha et krav om skyld.¹²⁶ Samtidig som de antagelig ikke vil avvise en hver mulighet for objektivt ansvar.¹²⁷

6.7.3 Forholdet mellom EMK og straffelovenes bestemmelser om foretaksstaff

Som gjennomgangen av skyldspørsmålet har vist er det ingen vilkår om subjektiv skyld for foretaket. Foretaket hefter på objektivt grunnlag. Men som vi har sett er ikke et objektivt ansvar avgjørende for vurderingen av hvorvidt bestemmelsen er i overenstemmelse med uskyldpresumpsjonen i EMK.

¹²¹ *Janosevic v. Sweden*, nr.34619/97 avsnitt.101.

¹²² *Salabiaku v. France* nr.10519/83 avsnitt 28 på slutten, *Janosevic v. Sweden*, nr.34619/97 avsnitt.101.

¹²³ *Janosevic v. Sweden*, nr.34619/97 avsnitt.102.

¹²⁴ *Salabiaku v. France* nr.10519/83 avsnitt 29.

¹²⁵ *Salabiaku v. France* nr.10519/83, *Janosevic v. Sweden*, nr.34619/97.

¹²⁶ Hika (2010) s. 523 flg.

¹²⁷ *Ibid.* s. 523 og 524.

Formålet med unntaket for skyldkravet for foretak er hverken berørt i forarbeidene til strl §48a eller i forarbeidene til strl.2005 §27. Det er heller ikke forholdet til EMK artikkel 6 nr.2.¹²⁸ Det eneste som kommer frem i forarbeidene er at skyld for foretak er umulig. Det er vanskelig å si hvorfor forholdet til EMK ikke er nærmere behandlet i forarbeidene. Det er mulig problemstillingen har blitt oversett da det utelukkende har vært fokus på foretakenes manglende skylddevne og ”noen”.

I Teknotherm-dommen ble forholdet til uskyldpresumpsjonen vurdert i forbindelse med et eventuelt krav om skyld for ledelsen. Høyesterett avviste det objektive ansvaret ved å peke på at ”...det blant annet stilles krav om at noen som har handlet på vegne av foretaket, har overtrådt et straffebud.”.¹²⁹ Det avgjørende er nok en gang at et foretak ikke kan utvise skyld. Det blir derfor ikke gjort en proporsjonalitetsvurdering tilsvarende den EMK stiller opp, og derfor heller ikke vist til *formålet* bak det objektive ansvaret. Sist med ikke minst blir det ikke tatt stilling til hvorvidt ledelsesskyld kan bøte på et ellers objektivt ansvar.

Jeg er henvist til å se på formålet bak foretaksstraffen som begrunnelse for det objektive ansvaret. Hovedbegrunnelsen for å gjøre foretak strafferettslig ansvarlig er listet opp i Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.6:

Man ønsker å gi ”...en økt preventiv virkning. Straffetrusselen vil kunne bidra til å skjerpe bedriftsledelsens aktsomhet. Dessuten [...] ramme den som har hatt fordel av lovbruddet - det vil si foretaket. [...] [samtidig] kan boten bedre tilpasses overtredelsens grovhet...”.¹³⁰ (mine tilføyelser)

Prevensjonshensynet er etter min mening ikke et veldig sterkt argument for objektivt ansvar da det finnes vel så mange argumenter for at krav om skyld øker prevensjonen.¹³¹ Som Hika påpeker i sin artikkel:

”...det er vanskelig å gi et sikkert svar på om objektivt straffansvar fører til en økt preventiv effekt. Man bør i alle fall være forsiktig med å anta at det er mye å vinne i form av økt prevensjon ved å ha objektivt straffansvar”.¹³²

¹²⁸ NOU 1989:11, Ot.prp.nr.27 (1990-1991) kap, Ot.prp.nr.90 (2003-2004) kap.17.

¹²⁹ Rt.2007 s.1684 avsnitt 38

¹³⁰ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.6

¹³¹ Se oppgavens pkt. 7.4

¹³² Hika (2010) s. 514

Heller ikke formålene om å hindre ansvarspulverisering, og ramme den som har en økonomisk fordel, er så sterke argument. Begge disse formålene vil kunne bli i varetatt gjennom et krav om skyld for foretaket.

Jeg vil også trekke frem et argument som ofte brukes i forbindelse med et objektivt ansvar, det at objektivt ansvar kan være lettere å håndheve.¹³³ Jeg kan ikke se at dette argumentet er helt treffende i forhold til foretaksstraff når man ser at det likevel forutsettes en krevende skjønnsmessig vurdering etter strl §48b. I andre tilfeller det har vært rent objektivt ansvar som for eksempel med hensyn til barnets alder ved seksuell handling og overgrep mot barn, da var det ikke en skjønnsmessig vurdering hvorvidt barnet var under 14 år gammelt. I slike tilfeller ser jeg at vurderingen blir vesentlig enklere. Men når man i foretaksstraffen likevel har en vurdering som ligner en skyldvurdering og derav må ha noen kriterier for denne, kan man likeså godt bruke uaktsomhetskravet som også brukes for foretak på andre rettsområder.¹³⁴

Jeg finner etter dette ingen gode grunner for å ha et objektivt ansvar. Spesielt ikke når det finnes muligheter for å etablere skyld for foretaket.¹³⁵ Men unntaket er som nevnt ikke blitt problematisert i forarbeider eller praksis det kan derfor hende at det finnes noen argumenter, men slik jeg ser det er det ingen argumenter av stor vekt.

Det kan også være verdt og merke seg at det i foretaksstraffetilfellet er snakk om en generell regel om objektivt strafferettsligansvar for alle typer overtredelser ”noen” kan gjøre på vegne av foretaket. I de dommene jeg har henvist til over, *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden* og *Janosevic v. Sweden*, handlet om tilleggs�skatt som straff. Det kan tenkes at foretaksstraffen vil bli vurdert noe annerledes når det er snakk om en generell regel.

Et annet viktig moment ved inngrepet er at foretaket har en viss mulighet til å forsvare sin uskyld, både gjennom vurderingen av force majeure,¹³⁶ og gjennom den fakultative vurderingen i strl §48b.¹³⁷

Resultatet må nok etter dette være, slik det ser ut fra EMDs praksis i dag, at både etter den nye og den gamle straffeloven har foretaket mulighet til å forsvare sin uskyld. Det kan derfor se ut til at dette er nok for å oppfylle de overnevnte kravene som EMD har stilt opp. Samtidig er det flere betenkeligheter ved en slik vurdering. Det er betenkelig å legge så mye makt i hendene

¹³³ Andenæs (2004) s.210

¹³⁴ se for eksempel oppgavens pkt.7.2.1 og 7.2.4

¹³⁵ Oppgavens pkt. 7.3

¹³⁶ NOU 1989:11 s.16, oppgavens pkt.6.2.1

¹³⁷ Oppgavens pkt. 6.2.2 og 6.3.2

til påtalemyndighetene og domstolene. Det er ingen subjektive eller objektive momenter som må oppfylles for at foretaket ”kan” straffes. Realiteten er at utviklingen kan medføre et ansvar som bare blir strengere og strengere, til ”...straffansvaret blir så strengt og unyansert at det virker mot sin hensikt...”¹³⁸.

Dersom konklusjonen blir at vilkårene etter den gamle og nye straffeloven er i tråd med EMD praksis, vil jeg påstå at reglene beveger seg helt i ytterkanten av hva som tillates. EMD legger vekt på at objektivt ansvar og skyldpresumpsjoner må holdes innenfor rimelighetens grenser ”...reasonable limits...”¹³⁹. Det kan derfor tenkes at foretaksstraffen trekker det objektive ansvaret vel langt, når det i realiteten aldri er noe krav om skyld for foretaket i det hele tatt. Hvordan dette vil arte seg i praksis etter den nye straffeloven, der det heller ikke er et krav om skyld for den som handler, gjenstår å se når den en gang trer i kraft.

7 De lege ferenda – heller et krav til foretakets egen skyld?

7.1 Innledning

Jeg vil i det følgende oppsummere oppgaven samt understreke behovet for konsekvente vurderinger og et krav om skyld. Først redegjør jeg for løsninger på andre rettsområder i pkt.7.2. Deretter kommer forslag til hvordan man kan konstatere skyld i foretaksstraffen, pkt.7.3, før jeg runder av oppgaven med bakgrunnen for mitt forslag om et krav om subjektiv skyld for foretaket i pkt.7.4.

7.2 Andre rettsområder

Ikke alle rettsområder fokuserer på enkeltpersoners subjektive skyld, som man ser ut til å være henvist til etter strl §48a. I rettskildene på andre rettsområder oppstilles i varierende grad et vilkår om man kan finne subjektiv skyld hos individer, foretak, eventuelt ved kumulasjon eller ”fingering”. Flere bestemmelser ser dermed ut til å oppstille et krav om forsett og eller uaktsomhet uten å problematisere om det gjelder for en som handler på vegne av foretaket eller påpeke at et foretak ikke kan utvise skyld. Jeg skal nå ta for meg, tilleggsskatt, pkt.7.2.1, arbeidsmiljø og internkontroll i petroleumsretten, pkt.7.2.2, Arbeidsmiljøloven, pkt.7.2.3, og konkurranseretten, pkt.7.2.4.

7.2.1 Tilleggsskatt

Det første område jeg nevner er bruken av tilleggsskatt når skattytere har gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger. Bestemmelsene finnes i ligningsloven (*lignl*) §§10-2 og 10-5. §10-5 innebærer en forhøyd sats når ”Skattyter [...] forsettlig eller grovt uaktsomt har gitt

¹³⁸ Høivik (2014)

¹³⁹ Salabiaku v.France nr.10519/83 avsnitt 28 på slutten

ligningsmyndighetene uriktige eller ufullstendige opplysninger...”¹⁴⁰ (min tilføyelse). At tilleggsskatt er å anse som straff, i hvert fall etter EMK, følger av rettspraksis de siste ti årene. Dette illustreres blant annet med Rt. 2002 s.557, der Høyesterett, etter omfattende gjennomgang av rettskildematerialene, kom frem til at straff var avskåret når det var ilagt tilleggsskatt. Dette var en direkte konsekvens av å ikke komme i strid med forbudet mot dobbelstraff i EMK.

Mange av skattyterne som ilegges tilleggsskatt er selskaper, og man kunne derfor tenke seg at man i forarbeider og rettspraksis ga anvisninger på at man, på en eller annen måte, måtte konstatere skyld hos enkeltpersoner slik som i foretaksstraffen. Jeg har imidlertid ikke kunnet finne noen eksempler på et slikt vilkår. Både forarbeider og rettspraksis nøyer seg med å si at "skattyter", som altså også kan være et selskap, må ha utvist subjektiv skyld.¹⁴¹ Det drøftes også gjerne hvilken terskel som skyldkravet innebærer, men uten at det sies noe om hvem som må ha utvist skyld.¹⁴² Det fremgår nokså klart at både rettspraksis og teori forutsetter at et selskap som sådant kan utvise den tilstrekkelige skyld. Et eksempel er Rt.1996 s 1270 hvor det drøftes om selskapet har vært tilstrekkelig uaktsomt. Svært illustrerende er det når førstevoterende på slutten av s.1276 konkluderer med ”Jeg er enig med de tidligere retter i at Nopecs forhold må anses som uaktsomt.”

7.2.2 Arbeidsmiljø og internkontroll i petroleumsretten

Et annet rettsfelt er regulering av sikkerhet og arbeidsmiljø i olje- og gassvirksomheten på kontinentalsokkelen. Dette er et område som er preget av høye krav til internkontroll og de enkelte selskapene skal sørge for overholdelse av kompliserte regelverk, noe som gjenspeiles i hva det legges vekt på i praksis.

At selskap er ansvarlig kommer frem av petroleumsloven (*ptrl*) §10-6 jf §1-6j. ”Rettighetshaver[...]plikter å etterleve loven, forskrifter og enkeltvedtak gitt med hjemmel i loven...”¹⁴³ (min tilføyelse). Der ”rettighetshaver” er definert som ”fysisk eller juridisk person”¹⁴⁴, hvor juridisk person typisk er et oljeselskap.

En hovedhjemmel for straff er å finne i *petrl.* § 10-17, som oppstiller krav om ”...forsettlig eller uaktsom overtredelse...” for å kunne straffe. Overtredelsen kan knyttes til bestemmelser

¹⁴⁰ Lignl §10-5 første ledd.

¹⁴¹ Ot.prp.nr.82 (2008-2009) s.61 flg.

¹⁴² *Ibid.* s.61

¹⁴³ *Ptrl* §10-6 første ledd

¹⁴⁴ *Ptrl* §1-6j

i loven og til enkeltbestemmelser i de forskjellige forskriftene som gjelder på kontinentalsokkelen.¹⁴⁵

Det er ikke mange rettsavgjørelser på dette feltet, da utstedte forelegg i stor grad synes å være vedtatt av involverte oljeselskaper. Av gjennomgangen av praksis i Hammer mfl¹⁴⁶, synes påtalemyndigheten ikke å ha vært opptatt av å plassere subjektiv skyld hos noen bestemt eller ubestemt person. Det ser ut som om temaet har vært om selskapet som sådant har iverksatt tilstrekkelige tiltak for å oppfylle lovgivningens krav. I vurderingen trekkes det frem om handlingen og driften har hvert i overenstemmelse med industristandarder, sedvane og kutyme. Dette virker også naturlig, all den tid prosessene i olje- og gassvirksomheten er så gjennomført systematiserte at det ofte er vanskelig å finne feil hos enkeltpersoner.

En sak som taler for at man kan se på industristandarder er Rt.2004 s.698 som jeg har skrevet litt om tidligere (under pkt. 5.4.3.2). Dommen handlet om forurensing av råolje fra en tank. Mye av bakgrunnen for at Esso ble frifunnet for det ene tiltalepunktet var at de hadde opptrådt i samsvar med industristandarden på området. Det ble riktig nok påpekt at disse standardene kom i en særstilling, men det gjør også mange andre standarder på dette fagområdet.¹⁴⁷

7.2.3 Arbeidsmiljøloven

Et tredje felt er den alminnelige arbeidsmiljølovgivningen. Denne er også preget av internkontroll med videre, om enn ikke i så stor grad som på kontinentalsokkelen. I arbeidsmiljøloven, (*aml*), er det også hjemler for straff som krever "...forsettlig eller uaktsom overtredelse av bestemmelse eller pålegg gitt i eller i medhold av denne lov...".¹⁴⁸ Som på de overnevnte rettsområder vil spørsmålet til dels være om bedriften "som sådan" har utført tilfredsstillende sikringsarbeid, i tråd med forsvarlighetsnormer, dersom det for eksempel skulle skje en ulykke.¹⁴⁹

Det er bedriften som betaler boten å således straffesubjektet. På dette feltet har man valgt en mellomvei, hvor man på forhånd har definert hvem som skal være den ansvarlige og som derfor kan holdes ansvarlig ved eventuelle unnlater. I *aml* § 19-1 vises det i overskriften til "Ansvar for innehaver av virksomhet, arbeidsgiver og den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten". Dette kommer også frem i behandlingen til eksempelvis Fougner m.fl.¹⁵⁰ I en

¹⁴⁵ Ptrl §10-17 første ledd

¹⁴⁶ *Petroleumsloven* (2009) s.853 flg.

¹⁴⁷ *Ibid.* s.854

¹⁴⁸ *aml* §19-1, første ledd.

¹⁴⁹ Fougner (2006) s.1100 flg., Rundskriv fra riksadvokaten 01/96 s.3.

¹⁵⁰ Fougner (2006) s.1103 flg.

bestemmelse som dette blir sentrale personer og ledelse nærmest identifisert med selskapet som er arbeidsgiver for alle i bedriften. Dette medfører at det nærmest med nødvendighet kan konstateres skyld for selskapet, dersom "... en uønsket handling har skjedd. Man slipper å lete seg frem til personer som kan ha gjort feil, de potensielle ansvarlige er allerede identifisert; det er i utgangspunktet de personene som etter dette regelverket har som plikt å forhindre det uønskede.

Bestemmelsen kommer i tillegg til en ordinær vurdering av foretaksstraff etter aml §19-3. Men slik jeg tolker §19-1 har den en selvstendig betydning ved overtredelser av bestemmelser gitt i eller i medhold av aml.

7.2.4 Konkurranseretten

I konkurranseretten kan det gis overtredelsesgebyr jf. konkurranseloven, krrl, §29 som er en administrativ sanksjon. I denne bestemmelsen er det et krav om at enten "...foretaket eller sammenslutningen av foretak eller noen som handler på deres vegne, forsettlig eller uaktsomt..."¹⁵¹ gjør en av de syv alternative overtredelsene listet opp i bestemmelsen for å kunne gi bedriften dette gebyret. Her kan skyldkravet være oppfylt på to alternative måter, enten ved at *foretaket* forsettlig eller uaktsomt overtrer, eller at den som *handler på vegne av foretaket* gjør det. Vi ser altså her at det ikke gjøres noe problem ut av at foretaket er abstrakt og ikke kan tenke. Hva som skal til for at foretaket har handlet forsettlig eller uaktsomt kommer derimot ikke frem. Dette kommer heller ikke frem i forarbeidene som bare konstaterer at lovutvalget går inn for et slikt krav om forsett eller uaktsomhet.¹⁵²

7.2.5 Oppsummering

Denne korte gjennomgangen viser at det ikke er noen rettslig nødvendighet å finne en eller flere individer som, anonymt eller kumulert, har oppfylt straffbarhetsvilkårene for å kunne straffe. I hvert fall i litt mer kompliserte forhold hvor selskapene som sådan står for tiltak som har reell preventiv effekt, kan det være mer nærliggende å knytte vilkårene direkte til selskaps handlinger.

Avslutningsvis vil jeg bemerke at selv om noen av de ovennevnte rettsområdene faller inn under sivilprosessen er vurderingen av skyldkravet lik som i straffeprosessen. Uansett er det illustrerende at det ikke ser ut til bli å fokusert på at foretaket ikke kan utvise skyld.

¹⁵¹ Krrl §29

¹⁵² Ot.ptp.nr.6 (2003-2004) s.117, pkt.8.3.3

7.3 Ulike måter for å vurdere skyld for foretaket

Jeg er enig i at foretak i utgangspunktet er abstrakt og hverken kan tenke eller handle, men det betyr ikke at det er prinsipielt umulig å konstatere skyld for foretaket.

Jacobsen er i sin artikkel negativ til foretaksstraffens rent objektive karakter og den måten man prøver å unngå rent objektivt ansvar med en skjønnsmessig vurdering i det konkrete tilfellet.¹⁵³ I samme artikkel kommer han med fem alternative måter man kan løse inkonsekvensen rundt skyldkravet på. Ett av de fem alternativene er å tilskrive den juridiske personen en "...eigen kapasitet til skuld og utvist skuld i dei tilfella der det er aktuelt å straffe den juridiske personen"¹⁵⁴. Jacobsen går i den sammenheng inn på en vurderinger som minner om Gierkes Viljesteori der han tar opp det han kaller "transformativ identifikasjon" mellom "noen" og foretaket.¹⁵⁵ Slik jeg ser det finnes det mellomløsninger som ikke innebærer så skarpt skille med vurderingen slik vi har den i dag.

En måte å etablere denne skylden på er gjennom en mer direkte identifikasjon mellom en eller flere sentrale personer, for eksempel et styre, og foretaket. På den måten blir kretsen av personer som foretaket direkte identifiseres med mindre. Samtidig blir kretsen tettere knyttet til de som er ansvarlige for "noen" som handler, og at foretaket blir styrt på en hensynsfull og sikker måte. En slik skyld kan slik jeg ser det etableres på to måter, henholdsvis ved et organisasjonsansvar, pkt.7.3.1, eller ved ledelsesskyld pkt.7.3.2. En annen måte å etablere skyld for foretaket er ved økt brukt av standarder pkt.7.3.3.

Før jeg går nærmere inn på vurderingen av de ulike metodene vil jeg presisere at kravet om skyld for foretaket er ment å virke ved siden av kravet om at "noen" som handlet "på vegne av foretaket" har overtrådt et straffebud. Det vil dermed ikke endre personkretsen "noen" som kan gjøre foretaket ansvarlig. Men for å straffes vil det være avgjørende om foretaket har gjort det som er rimelig å regne med for å forhindre lovbruddet.

7.3.1 Organisasjonsansvar

Det første alternativet er at det må foreligge en slags systemsvikt, altså at foretaket ikke har god nok sikkerhet, retningslinjer, opplæring eller lignende. Et slags organisasjonsansvar der foretaket identifiseres med personene som utgjør organisasjonen.¹⁵⁶ Organisasjonsansvaret som alternativ for å finne skyld hos foretaket støttes blant annet i den nordiske utredningen fra 1986:

¹⁵³ Jacobsen (2009) s.58

¹⁵⁴ *Ibid.* s.59

¹⁵⁵ *Ibid.* s.64

¹⁵⁶ Høivik (2011) s.25

”Man kan hävda att det föreligger skuld hos ett företag, när detta inte genom sin organisation, fördelning av arbetsuppgifter, instruktioner för medarbetare, kontrollåtgärder etc. har undgått lagöverträdelser som kunde ha undvikts.”¹⁵⁷

Den skotske rettsfilosofen, MacCormic, talte også for et slags organisasjonsansvar i sitt essay kalt *Institutions of Law*. Argumentene MacCormic kommer med minner om en formildet versjon av tidlig 1900-tallets Otto Von Gierkes argumenter for viljesteorien.¹⁵⁸ MacCormic påpeker at det finnes system der enkelte handlinger etter sin natur er kollektive og som derfor ikke kan skilles ut i enkeltindividers handlinger.¹⁵⁹ Han bruker som sammenligning blant annet å spille en fotballkamp eller Beethovens femte symfoni, handlinger som åpenbart ikke kan gjøres av en person alene. Han mener at foretak lever gjennom en samling av mennesker som sammen styrer foretaket. I samme bok viser han at denne samlingen av mennesker også kan etablere en form for skyld for foretaket på samme måte som man etablerer skyld for et enkelt menneske:

”We can ascribe intentions to corporations on much the same grounds as we can ascribe intentions to individual agents. Both deliberate about what to do. This way is always interpersonal deliberation in the corporate case, not necessarily so in the individual. For both, deliberation may conclude in decisions, usually by some relatively formalized procedure for making and recording decisions in the corporate case, rarely so with the individual. We can also ascribe physical actions to corporations as to individuals, namely those acts that implement corporate decisions and those activities that are a necessarily element of, or necessarily incidental to, their implementation”.¹⁶⁰

Høivik er på den andre siden negativ til en slik personifisering av foretak altså ved å gi foretaket menneskelige egenskaper.¹⁶¹ Etter min mening er ikke løsningen her enten å gi foretak menneskelige egenskaper eller ha et krav om skyld for foretaket. Man kan også tenke seg en løsning der skyldkravet kan tilpasses til å omfatte de tilfeller der foretaket av ulike grunner er å bebreide, i hvert fall i form av et uaktsomhetsansvar. En slik vurdering vil kunne være ganske lik fra vurderingen av subjektiv skyld ellers i strafferetten.¹⁶² Poenget med organisasjonsansvar er at én måte å finne ut av denne uaktsomheten, er å se på de objektive forholdene

¹⁵⁷ NU:1986:2 s.31, 5.avsnitt

¹⁵⁸ Oppgavens pkt. 2.

¹⁵⁹ MacCormic (2007) s. 84.

¹⁶⁰ *Ibid.* s. 219.

¹⁶¹ Høivik (2011), s. 29

¹⁶² Oppgavens pkt. 6.4

ved arbeidet til et foretaks organisasjon, der organisasjonen og ledelsen er en viktig og uatskillelig del av foretaket. Deretter sammenligne organiseringen med hva ”...en kyndig og omtenkksom...”¹⁶³ organisering av foretaket ville vært.

For å definere hvem som skal regnes som en del av organisasjonen kan man på samme måte som ved arbeidsmiljøloven, ha klare regler eller kriterier for hvem dette omfatter.¹⁶⁴

7.3.2 Ledelsesskyld

Det andre alternativet er at foretaket identifiseres med ledelsen slik at det i realiteten blir snakk om et skyldkrav for ledelsen i foretaket, såkalt ledelsesskyld som også Eskeland har tatt til ordet for.¹⁶⁵ Dette minner også om det som er gjort i forbindelse med arbeidsmiljøloven der man på forhånd har definert hvem som skal være den ansvarlige.¹⁶⁶ Ledelsesskyld som mulighet støttes i forarbeidene der straffelovkommisjonen legger vekt på at den preventive effekten vil være liten hvis ikke:

”...foretaket har særlig store påvirkningsmuligheter for å forhindre gjentakelse. Med «foretaket» menes i denne sammenheng først og fremst ledelsen eller andre som har særlige påvirkningsmuligheter”.¹⁶⁷

I forbindelse med Eskelands uttalelse om ledelsesskyld var Matningsdal og Bratholm negative.¹⁶⁸ De la i den forbindelse vekt på at anonyme feil etter forarbeidene skal omfattes og at ledelsesskyld kommer inn under straffespørsmålet i §48b.¹⁶⁹ Som Niels Kristian Axelsen sier det i sin artikkel ”At man ikke kan identifisere gjerningsmannen, utelukker ikke at man har som vilkår at ledelsen må ha opptrådt minst uaktsomt for å kunne ilegge straff”.¹⁷⁰ Som nevnt i pkt.5.4.3.2. s.22 er det også gjerne slik at når det foreligger anonyme og kumulative feil kan foretaket ofte klandres for dårlig ledelse og organisering.

Videre er det at ledelsesskyld er et moment i vurderingen av straffespørsmålet ikke et veldig sterkt argument rettspolitisk. Det er ingenting i forarbeider som tilsier at momentet er ment for

¹⁶³ Andenæs (2004), s.243

¹⁶⁴ Oppgavens pkt.7.2.3

¹⁶⁵ Oppgavens pkt.5.2

¹⁶⁶ Oppgavens pkt.7.2.3

¹⁶⁷ NOU 1989:11 s.19(pkt.4.3), Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.21 (pkt.6.2)

¹⁶⁸ Oppgavens pkt. 5.2.

¹⁶⁹ Matningsdal (2003) s.400, oppgavens pkt.5.2

¹⁷⁰ Axelsen (2009) slutten s.203-204.

å erstatte eller bøte på et krav om skyld for foretaket. Momentet i den fakultative vurderingen kan således virke selvstendig og i tillegg til et eventuelt krav om skyld for ledelsen.

7.3.3 Bruk av standarder for bedrifter

Ett tredje alternativ for å etablere skyld for foretaket er å bruke standarder som de gjør på enkelte andre rettsområder. Et slikt rettsområde er petroleumsretten som jeg har skrevet om under pkt.7.2.2. Der konsentrerer man seg om foretaket har handlet innenfor etablerte retningslinjer og standarder innenfor område. Slike standarder kan ses på som en etablert form for vurdering av hva ”...en kyndig og omtenksom person ville ha gjort..”¹⁷¹, som uaktsomhetsvurderingen i stor grad dreier seg om jf. oppgavens pkt. 4.3. Selv om man ikke skal utelukke ansvar om man har holdt seg innenfor slike standarder, vil man kunne vurdere hvorvidt bedriften er så aktsom som den burde være.

7.3.4 Oppsummering av mulighetene for å konstatere skyld for foretaket.

Det er etter dette flere muligheter for å konstatere skyld for foretaket. Man kan også ha en ordning med alle tre alternativene som selvstendige muligheter for å etablere skyld, på den måten blir muligheten for å etablere skylden videre. For eksempel at både overtredelser som skyldes systemsvikt, eller der ledelsen er å bebreide, er det mulighet for å etablere skyld. Samtidig som det er visse standarder for hva som er aktsomt og god drift av foretaket. Det avgjørende må være at det blir laget klare rammer og retningslinjer for hvordan skylden skal etableres.

7.4 Avsluttende betraktninger

Teorien om foretaksstraff er fanget mellom to prinsipper som ofte fremstilles som absolutte: Det er bare fysiske personer som har skyldene (ikke foretak) og ingen (heller ikke foretak) kan straffes for hva andre gjør. Hvordan kan man da straffe foretak? Enten ved å gi slipp på et eller begge prinsipper, eller ved fiksjoner, ved å ”fingere” skyld hos foretaket. Min oppfatning er at det mest hensiktsmessige ville være å løse opp prinsippet om at foretak ikke kan utvise skyld.

Det er flere gode argumenter for å ha et krav om subjektiv skyld for foretaket. For det første er det å ramme foretak som er å bebreide i tråd med bakgrunnen for å i det hele tatt ha foretaksstraff.¹⁷² Dette gjenspeiles også i at det er dette momentet som er sentralt i vurderingen både gjennom forarbeider og i praksis.¹⁷³

¹⁷¹ Andenæs (2004), s.243.

¹⁷² NOU 1989:11 s.9, Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.6

¹⁷³ Oppgavens pkt. 6.2

For det andre vil det være i tråd med den preventive virkningen til foretaksstraffen som også er et overordnet ønske fra lovgiver både etter den nye og den gamle straffeloven.¹⁷⁴ Som det uttales i forarbeidene til strl.2005:

”Straffen kan neppe sies å ha en preventiv effekt dersom foretaket ikke har mulighet til å forebygge tilsvarende straffbare handlinger i fremtiden. Momentet vil ha stor betydning for vurderingen av straffverdigheten”.¹⁷⁵

Uttalelsen kommer riktig nok i forbindelse med den fakultative vurderingen i §28 litra c men kan også brukes i forbindelse med det å ha et krav om skyld for foretaket. Det å få vilkåret inn under en vurdering av skyldspørsmålet kan medføre enda mer prevensjon. Jeg vil som Axelsen påstå at respekten for foretaksstraffen som straff, og stigmatiseringen av foretaket, blir større når det er et krav om skyld lignende det som gjelder ellers i strafferetten.¹⁷⁶ Uten krav om skyld minner bestemmelsen mer om en administrativ sanksjon enn en straff, slik den er. Dersom respekten for foretaksstraff og stigmatiseringen blir større, kan heller ikke ledelsen med samme tyngde si at ”...de velger å betale boten «for å bli ferdig med saken», og at valget «ikke innebærer noen innrømmelse av skyld»”.¹⁷⁷

En annen grunn til at det kan føre til økt preventiv virkning er at straffen knyttes til ledere og andre sentrale personer i foretaket som ofte er stolte over jobben de gjør og ansvaret de har. For mange ledere er arbeidsplassen en viktig arena for selvrealisering. Det blir dermed en større belastning om overtredelsen kan kobles direkte til at disse har gjort en for dårlig jobb. Ansvaret vil kunne føles mer personlig, noe som gir større insentiv til å jobbe for at bedriften styres på en aktsom måte.

For det tredje vil det være mer forutberegnelig for foretaket dersom det er et krav om subjektiv skyld. Dette kan igjen motivere til å forholde seg innenfor lovens rammer og dermed også medføre større prevensjon. Som det fremkommer i boken til Andenæs, man får en ”...større muligheten for selv og planlegge sitt liv, [eller som for foretakets del, planlegge sitt virke] innenfor lovens ramme, enn om allerede den rent objektive overtredelse...”¹⁷⁸(min tilføyelse) kan medføre straffansvar. Motsatt kan et objektivt ansvar minske de preventive virkningene da en bedrift i realiteten ikke kan utelukke ansvar om de gjør alt de kan for å overholde sine plikter.

¹⁷⁴ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s.3

¹⁷⁵ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.432

¹⁷⁶ Axelsen (2009)s.210

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ Andenæs (2004), s.210

Det har gått noen år siden vi først godtok foretaksstraff som en del av strafferettssystemet, den gang med et forbehold om at det ikke kunne etableres skyld for foretaket. Rettsområdene foretaksstraffen kommer til anvendelse på omfatter alt fra brudd på kulturminneloven¹⁷⁹ og forurensing¹⁸⁰ til korrupsjon¹⁸¹. Foretaksstraffen ser således ut til å fått ett stort virkeområde. Selv om foretaksstraff er ment som en subsidiær reaksjon, bærer bruken av disse sanksjoner mer og mer preg av å ha en selvstendig sanksjon, da man ønsker å ha samme effekt ovenfor foretaket som strafferetten generelt ønsker å ha ovenfor personer. Med andre ord en slags oppdragende effekt der man ønsker at foretaket skal forhindre overtredelser, og hvor foretaket blir straffet dersom det ikke gjør det. Et krav om skyld vil innebære at foretak også får en skyldvurdering mer lik resten av strafferetten, på den måten blir ikke foretaket bare henvist til påtalemyndighetens og domstolens fakultative skjønn. Det er etter dette kanskje på tide å forkaste helt den prinsipielle tankegangen fra 1800-tallets fiksjonsteori.¹⁸²

Vi har i denne oppgaven sett at den eneste begrunnelsen for å ilegge foretaksstraff, uten krav om skyld for foretaket, er at foretak ikke kan utvise skyld. Vi har sett at forarbeider og praksis er uklare og noe paradoksale når det gjelder denne vurderingen. Vi har også sett at andre rettsområder ikke ser ut til å ha det samme problemet rundt skyldvurdering. Sist men ikke minst har vi sett at det er mulig å konstatere skyld for foretaket også ved foretaksstraff. Derfor ser jeg ikke lenger noen god grunn til å gjøre unntak for skyldkravet for foretak som straffesubjekt. Man burde, etter mitt skjønn, derfor falle tilbake på hovedregelen om subjektiv skyld også ved foretaksstraff. Det er ikke lenger nødvendig å tviholde på den gammeldagse oppfatningen av at det ikke er mulig å konstatere skyld hos et foretak I boken til Andenæs står det, ”Straff kan bare forsvares overfor den som selv har valgt lovbruddet til tross for at han kunne latt være.”¹⁸³ Gode grunner taler for at dette også bør gjelde for foretak i hvert fall i form av en slags uaktsomhet.

¹⁷⁹ Rt.2000 s.2023

¹⁸⁰ Rt.2004 s.698

¹⁸¹ Rt.2013 s.1025

¹⁸² Oppgavens pkt.2

¹⁸³ Andenæs (2004) s.210

Litteraturliste

Lover

1902	Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22.mai.1902 nr. 10
1980	Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven) av 13. juni 1980
1981	Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22.mai 1981
1996	Lov om petroleumsvirksomhet (petroleumsloven) av 29. November 1996
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999
2004	Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004
2005	Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005
2005	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv (arbeidsmiljøloven) av 17. Juni 2005

Internasjonale konvensjoner

EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjon, Roma 1950
-----	---

Forarbeider

Ot.prp.nr.72 (1982-1983)	Lov om petroleumsvirksomhet
Ot.prp.nr.27 (1990-1991)	Om lov om endring i straffeloven m.m (straffansvar for foretak)
Ot.prp.nr.43 (1995-1996)	Om lov om petroleumsvirksomhet
Ot.ptp.nr.6 (2003-2004)	A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)
Ot.prp.nr.90 (2003-2004)	Om lov om straff (straffeloven)
Ot.prp.nr.82 (2008-2009)	Om lov om endringer i ligningsloven mv. (tilleggsskatt)
NOU 1989:11	Norsk offentlig utredning, NOU, Straffansvar for foretak Straffelovkommisjonens delutredning III
NU:1986:2	Foretaksböter Yhteisösakko, Betänkande avgivet av Nordiska straffrättskommittén, Företagsböter, Nordiska rådet 1986, Nordsteds Tryckeri AB NU:1989

Dommer

Rt. 1982 s. 645
Rt. 1988 s.1356
Rt. 1996 s. 1270
Rt. 2000 s. 234
Rt. 2000 s.2023
Rt. 2002 s. 557
Rt. 2002 s.1312
Rt. 2004 s.698
Rt. 2007 s.1684
Rt. 2007 s.785
Rt. 2008 s.996
Rt. 2008 s.668
Rt. 2012 s.770
Rt. 2013 s.1025

EMD dommer

Salabiaku v. France,	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7. oktober 1988 (application no.10519/83)
Janosevic v. Sweden,	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23. juli 2002 (application no. 34619/97)
Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden.	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23. juli 2002 (application no.36985/97)

Litratuur

Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave. 2. opplag. Bergen. 2011
Andenæs, Johs, med Matningsdal, Magnus og Rieber-Mohn, Fredrik, Georg. *Alminnelig strafferett*. 5. utgave, 4 opplag. 2004. Oslo
Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 4. ugate. Oslo, 1997
Anners, Erik. *Den Europeiske rettshistorie*. 13. opplag. Oslo. 2011
Eskeland, Ståle, *Strafferett*. 2. utgave. Oslo, 2006
Fougner, Jan og Holo, Lars. *Arbeidsmiljøloven, lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv., kommentarutgave*. Oslo. 2006
Haugen Finn. *Strafferett Håndbok*. Moss, 1996
Hurwitz, Stephan. *Bidrag til læren om kollektive enheders pønale ansvar*. København 1933
Høivik, Knut. *Foretaksstraff*. 1. utgave, Bergen. 2012
Jusleksikon. Gisle, Jon ...[et al.]. 3. utgave. Oslo. 2007
MacCormick, Neal. *Institutions of Law An Essay in Legal Theory*. Oxford. 2007

Matningsdal, Magnus og Bratholm, Anders. *Straffelovens kommentarutgave, Første Del. Almindelige Bestemmelser*. 2.utgave. Oslo. 2003
Petroleumsrett. Hammer, Ulf ...[et al.]. Oslo, 2009

Rundskriv

Rieber-Mohn, Georg Fredrik. *Arbeidsmiljøkriminalitet*. Rundskriv fra riksadvokaten 01/96. Oslo. 11.juni 1996, (Sisert 18.11.2014)
http://riksadvokaten.no/filestore/Dokumenter/Eldre_dokumenter/Rundskriv/Rundskrivnr1for1996-Arbeidsmiljøkriminalitet.pdf

Tidsskriftsartikler

Axelsen, Niels Kristian. *Skyldkrav til ledelse i foretak som vilkår for foretaksstraff*. I: Lov og Rett. 2009 nr.04. s196-213 (sisert fra Idunn 20.08.2014)
Hika, Gemetchu. *Objektivt straffansvar- unntak fra skyldkravet i norsk strafferett og forholdet til uskyldspresumsjonen, i EMK artikkel 6 (2)*. I: Tidsskrift for strafferett 2010 nr.03. s.506-546 (sisert fra Idunn. 20.08.2014)
Jacobsen, Jørn RT. *Fiksjon utan moral eller konstruksjon utan verdi? Om det ideologiske grunnlaget for straffansvar for juridiske personar*. I: Tidsskrift for strafferett. 2009. s.43-74. (sisert fra Idunn 04.09.2014)
Rieber-Mohn, Georg.Fr. *Miljøkriminalitet – med særlig vekt på straffbar forurensning*. I: Lov og Rett. 1988 s.343-357 (sisert fra Idunn 26.08.2014)
Skoghøy, Jens Edvin A. *Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven*. I: Jussens Venner. 2014 nr.05 s.297-339 (sisert fra Idunn 17.11.2014)

Avisartikler og nettartikler

Norges forsvarsforening. *Den dystre historien*. 18.11.2014.
<http://www.forsvarsforening.no/lokale-foreninger/sor-trondelag/2-uncategorised/345-den-dystre-historien>
Høivik, Knut. *Bot mot bedring*. I: Dagens Næringsliv 30.03.2014 (sisert fra Dagens næringslivs nettdatabase 18.11.2014)